«ОДОБРЕНО»
Постановлением Президиума
Арбитражного суда Республики Коми
от «31» мая 2012 года №4

Аналитическая справка

на тему **«Практика рассмотрения споров, связанных с применением положений Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»**

г. Сыктывкар
2012 год

За период с 2009 года по 1 квартал 2012 года не было случаев отмены или изменения судебных актов Арбитражного суда Республики Коми по делам, при рассмотрении которых применялись нормы Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе). Исключение составило одно арбитражное дело № А29-5176/2011. Исковые требования Администрации муниципального образования по указанному делу основывались на положениях части 10 статьи 19 Закона о рекламе, согласно которой **в случае самовольной установки рекламной конструкции она подлежит демонтажу на основании предписания органа местного самоуправления, на территории которого она установлена.**

Отказывая Администрации в иске о понуждении Общества демонтировать рекламную конструкцию с информацией "uaz природа движения» (далее следовала надпись с наименованием Общества), суд первой инстанции исходил из того, что в материалы дела были представлены доказательства (фото и акты) произведенного демонтажа спорной рекламной конструкции, на ее месте была установлена другая стела, содержащая фирменный логотип "uaz" и наименование Общества с указывающей на салон-магазин стрелкой. Поскольку в отношении новой конструкции требований о ее демонтаже истцом заявлено не было, суд пришел к выводу об отсутствии предмета спора и оснований для удовлетворения иска.

Апелляционная инстанция решение суда отменила, иск удовлетворила, указав следующее.

Согласно пункту 15 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.12.1998 № 37 "Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе" вопрос о наличии в информации признаков рекламы решается с учетом конкретных обстоятельств дела. Для поддержания интереса к товару не обязателен показ самого товара, а достаточно изображения различительных элементов (в том числе товарного знака), которые использовались при рекламе этого товара.

Из представленных в материалы дела документов и фотографий, фиксирующих существование как первоначальной стелы, так и вновь установленной, а также устных объяснений представителя ответчика следовало, что указанные стелы не отличались друг от друга объемно-пространственными решениями. Отличие стел заключалось лишь в типах их фундаментов и в размещении на вновь установленной стеле изображения в виде стрелки в месте, где у первоначальной стелы имелась надпись "природа движения". Прочая информация в виде надписи, содержащей наименование Общества, и логотипа "uaz", имевшаяся на первоначальной стеле, присутствовала и на вновь установленной, и не претерпела каких-либо изменений.

Размещенный на обеих стелах логотип "uaz" является широко известным в Российской Федерации средством индивидуализации ОАО "Ульяновский автомобильный завод" и производимых им товаров - автомобилей марки "УАЗ".

Следовательно, конструкции с изображением данного логотипа

ассоциируются у потребителя с конкретным видом товара - автомобилями марки "УАЗ" и их производителем. При этом сочетание на каждой из стел логотипа "uaz" с наименованием Общества направлено на привлечение внимания неопределенного круга лиц, как к Обществу, так и к товару (автомобилям марки "УАЗ") и его производителю, на формирование и поддержание интереса в отношении этих средств индивидуализации.

В связи с этим указанные стелы не могли быть признаны исключительно указателем или вывеской в смысле положений пункта 5 части 2 статьи 2 Закона о рекламе, поскольку содержали сведения рекламного характера. Кроме того, обе стелы не содержали информации, раскрытие или распространение либо доведение до потребителя которой является обязательным в соответствии с федеральным законом (пункт 2 части 2 статьи 2 Закона о рекламе). В частности, на стелах отсутствовала предусмотренная Законом Российской Федерации от 07.02.1992 № 2300-1 "О защите прав потребителей" информация о месте нахождения (адресе) и режиме работы Общества.

Таким образом, как первоначальная, так и вновь установленная стелы представляли собой рекламные конструкции, поскольку размещенная на них информация в виде логотипа "uaz" и наименования Общества отвечала признакам рекламы.

Ниже приведено описание дел, рассмотренных Арбитражным судом Республики Коми с применением Закона о рекламе, которые могут быть интересны для судебной практики.

В удовлетворении требований о признании недействительным предписания антимонопольной службы о прекращении распространения спорной рекламы было отказано, поскольку реклама признана судом ненадлежащей, содержащей оскорбительные образы и выражения в отношении объекта культурного наследия. (дело № А29-12110/2009).

Суд признал ненадлежащей рекламой размещенную обществом в газете информацию о работе пейнтбольного клуба, сделанную на основе плаката 1941 года «Родина - Мать зовет!», как несоответствующей требованиям части 6 статьи 5 Закона «О рекламе». Согласно указанной правовой норме в рекламе не допускается использование бранных слов, непристойных и оскорбительных образов, сравнений и выражений, в том числе в отношении объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов Российской Федерации, а также объектов культурного наследия, включенных в Список всемирного наследия.

Поскольку в 2009 году (в период совершения правонарушения, распространения данной рекламы) предусмотренный статьей 15 Федерального закона от 25 июня 2002 года № 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации» единый государственный реестр объектов культурного наследия отсутствовал, а порядок его ведения вступил в законную силу лишь с 01 января 2010 года, в силу

положений статьи 63 указанного Федерального закона в указанное время сохраняли свое действие Правила охраны, реставрации и использования памятников истории и культуры Российской Федерации, установленные Положением об охране и использовании памятников истории и культуры, утвержденным Постановлением Совета Министров СССР от 16 сентября 1982 года № 865.

В силу положений пункта 1 и подпункта «а» пункта 2 вышеуказанного Положения к памятникам истории и культуры относятся также предметы, связанные с важнейшими историческими событиями в жизни народа, в том числе с Великой Отечественной войной.

В данном случае плакат «Родина - Мать зовет!» внесен в коллекцию оцифрованных изображений, размещенную на портале «Культура России» (www.russianculture.ru), а также он размещен в электронном музее отечественного плаката (www.plakaty.ru).

Таким образом, плакат «Родина - Мать зовет!» является памятником истории и культуры, как предмет, связанный с историческими событиями в жизни народа, а именно: с Великой Отечественной войной.

Суд признал, что независимо от целей, которые преследовал рекламодатель, призыв играть в пейнтбол, сделанный им с использованием данного плаката, является оскорбительным, унижающим чувства и достоинство ветеранов Великой Отечественной войны.

Действующее законодательство относит массаж тела и лица, эпиляцию к видам медицинских услуг, в связи с чем реклама таких услуг без сопровождения необходимого предупреждения, предусмотренного частью 7 статьи 24 Закона о рекламе, является ненадлежащей. (дело № А29-4613/2011)

Суд отказал рекламораспространителю в признании недействительным решения антимонопольной службы, которым реклама услуг массажа тела и лица, а также эпиляции, предлагаемых косметическим салоном, в отсутствии сопровождения данной рекламы предупреждением о наличии противопоказаний к их применению и использованию, необходимости ознакомления с инструкцией по применению или получения консультации специалистов, как установлено частью 7 статьи 24 Закона о рекламе.

Вышестоящие суды оставили в силе данное решение, согласившись с выводами суда первой инстанции. Определением Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18.04.2012 № ВАС-4904/12 в передаче дела в Президиум ВАС РФ было отказано.

Действующим законодательством Российской Федерации установлено, что массаж и эпиляция относятся к видам медицинских услуг, в том числе оказываемых косметологическими учреждениями, и могут быть оказаны лицами, имеющими среднее медицинское образование. Так указанные выводы сделаны на основании положений, установленных: постановлением Минтруда России от 10.11.1992 N 31; приказом Министерства здравоохранения Российской Федерации

от 22.01.2001 N 12, приказом Министерства здравоохранения Российской Федерации N 113 от 10.04.2001; Положением о лицензировании медицинской деятельности, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 22.01.2007 N 30; приказом Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации от 10.05.2007 N 323; приказом Росстата от 23.07.2009 N 147.

В данном случае спорная реклама была направлена на привлечение внимания потребителей к различным видам массажа (массаж тела и лица), формировала у потребителей желание воспользоваться услугами массажа без какого-либо указания на то, что предлагаемый массаж является расслабляющим.

Таким образом, поскольку массаж и эпиляция являются медицинскими услугами, их реклама должна была сопровождаться предупреждением, установленным частью 7 статьи 24 Закона о рекламе.

Вышеуказанные обстоятельства (размещение ненадлежащей рекламы) послужили основанием для привлечения рекламораспространителя к административной ответственности по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в виде штрафа в размере 100000 рублей. (дело № А29-9021/2011)

В силу части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламодателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных, в том числе частью 7 статьи 24 Закона (часть 7 статьи 38 Закона о рекламе).

Вышеуказанным, вступившим в законную силу решением суда по другому делу (№А29-4613/2011) были установлены обстоятельства размещения ненадлежащей рекламы, которые имеют преюдициальное значение при рассмотрении настоящего спора.

Согласно части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2-4 настоящей статьи, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса, влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

На основании изложенного суд отказал рекламораспространителю в признании незаконным и отмене постановления антимонопольной службы о назначении административного наказания.

В другом деле реклама медицинских услуг также стала предметом оценки на соответствие ее требованиям Закона о рекламе; **не смотря на наличие в действиях общества состава вменяемого правонарушения, поскольку реклама медицинских услуг не сопровождалась соответствующим предупреждением, предусмотренным частью 7 статьи 24 Закона о рекламе, суд счел его малозначительным.** (дело № А29-13105/2009).

Так, в газете была распространена информация о том, что общество предлагает населению определенные услуги, в том числе консультации врачей-специалистов для взрослых и детей, лабораторную диагностику.

Суд первой инстанции исходил из того, что спорные действия общества не образуют нарушения законодательства о рекламе. В решении суд указал, в том числе на то, что статья 24 Закона о рекламе не содержит норм, обязывающих рекламодателей и рекламораспространителей сопровождать специальным предупреждением рекламу об оказании лечебно-диагностических услуг врачей-специалистов, то есть - предупреждением о необходимости получения в этом случае консультаций каких-либо других специалистов.

Суд апелляционной инстанции с данным выводом суда не согласился, однако решение оставил в силе, признав допущенное обществом нарушение малозначительным (статья 2.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях).

Сославшись на пункты 4, 10 Положения о лицензировании медицинской деятельности, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 22.01.2007 N 30; отраслевой стандарт "Термины и определения системы стандартизации в здравоохранении", утвержденный приказом Министерства здравоохранения Российской Федерации от 22.01.2001 N 12, подпункты 01.03, 01.05.06 Отраслевого классификатора "Простые медицинские услуги" (ОК ПМУ 91500.09.0001-2001), утвержденного приказом Министерства здравоохранения Российской Федерации от 10.04.2001 N 113 и приказ Министерства здравоохранения Российской Федерации от 16.07.2001 N 268 суд апелляционной инстанции признал, что обществом осуществлена реклама медицинских услуг.

Рассматривая информацию, содержащуюся в спорной рекламе, суд апелляционной инстанции пришел к выводу, что спорная информация является рекламой, поскольку формирует интерес неопределенного круга лиц к медицинским услугам, которые оказывает общество, и направлена на формирование у потребителей желания ими воспользоваться. При этом из текста объявления следовало, что реклама направлена на привлечение внимания именно к услугам данного общества, поскольку речь идет о различных вариантах обслуживания, возможности получить бесплатное обслуживание у терапевта при получении медицинских услуг общества. Реклама призвана вызывать интерес потребителей к перечисленным услугам общества, возможности их получения на определенных условиях.

Поскольку распространенная в газете реклама медицинских услуг не содержит информации о необходимости получения консультации специалистов, предупреждения о наличии противопоказаний к их применению и использованию, соответственно нарушает требования части 7 статьи 24 Закона о рекламе и является ненадлежащей.

Кассационная инстанция с выводами второй инстанции согласилась.

Лицо, осуществляющее розничную торговлю алкогольной, спиртосодержащей и табачной продукцией, привлечено к административной ответственности за нарушение законодательства о рекламе (реклама алкоголя, пива, табака размещена на внешней стене здания при помощи рекламной конструкции; отсутствует предупреждение о вреде чрезмерного употребления пива). (дело № А29-697/2011).

Суды первой и апелляционной инстанций отклонили доводы рекламодателя и рекламораспространителя в одном лице о том, что вывеска на магазине не содержит сведений рекламного характера; на вывеске отсутствуют сведения, которые могли бы формировать или поддерживать интерес потребителей к данным товарам, то есть характеризовали бы данную информацию как рекламную; выбор места расположения рекламной конструкции на внешней стене здания обусловлен необходимостью обеспечения соблюдения прав потребителей на обязательную информацию о существующем магазине.

Антимонопольная служба признала рекламу «Хайям. алкоголь. холодное пиво. Сигареты. чай. кофе. конфеты. мороженое. соки. ул. Интернациональная, 32» ненадлежащей, как несоответствующей требованиям пункта 5 части 2 статьи 21, части 3 статьи 22, пункта 4 части 2 статьи 23 Закона о рекламе.

Вышеуказанная информация содержит все правовые признаки рекламы: распространена посредством размещения на внешней стене здания; адресована неопределенному кругу лиц; направлена на привлечение внимания к объектам рекламирования: магазину "Хайям", в том числе к алкоголю, пиву, сигаретам, и их продвижение на рынке.

Согласно указанным нормам закона реклама алкогольной продукции, табака, табачных изделий и курительных принадлежностей не должна размещаться с использованием технических средств стабильного территориального размещения (рекламных конструкций), монтируемых и располагаемых на крышах, внешних стенах и иных конструктивных элементах зданий, строений, сооружений или вне их; реклама пива должна сопровождаться предупреждением о вреде их чрезмерного потребления.

Согласно пункту 15 информационного письма Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.12.1998 N 37 "Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе", вопрос о наличии в информации признаков рекламы решается с учетом конкретных обстоятельств дела.

Принимая во внимание, что указание на фирменное наименование (наименование) своей организации и режим ее работы рассматриваемая рекламная конструкция не содержит, ее нельзя отнести к вывеске в том понимании, как это трактуется в статье 2 Закона о рекламе.

Отдел анализа и обобщения судебной практики,
законодательства и статистики
май 2012 года