Доклад

Кемеровского УФАС России

к Публичным обсуждениям 24 марта 2020 года

**Правоприменительная практика в сфере рекламного законодательства**

Изменения в сфере рекламы, которые вступили в силу с 1 января 2020:

Статьи 28 Федерального закона «О рекламе», регламентирующей порядок рекламы финансовых услуг и финансовой деятельности, которая была дополнена новыми частями 5.2 и 5.3 следующего содержания:

5.2. Реклама услуг по содействию в инвестировании с использованием инвестиционной платформы должна содержать:

1) адрес сайта в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», на котором осуществляется раскрытие информации оператором инвестиционной платформы;

*Понятия «оператор инвестиционной платформы», «раскрытие информации* *оператором* *инвестиционной платформы» содержатся в статье 2 Федерального закона от 02.08.2019 № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».*

 Оператор инвестиционной платформы - хозяйственное общество, созданное в соответствии с законодательством Российской Федерации, осуществляющее деятельность по организации привлечения инвестиций и включенное Банком России в реестр операторов инвестиционных платформ.

Раскрытие информации оператором инвестиционной платформы - обеспечение доступности информации неопределенному кругу лиц путем размещения информации в свободном доступе в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» на сайте, владельцем которого является оператор инвестиционной платформы.

2) указание на то, что заключение с использованием инвестиционной платформы договоров, по которым привлекаются инвестиции, является высокорискованным и может привести к потере инвестированных денежных средств в полном объеме (часть 5.2 введена Федеральным законом от 02.08.2019 № 259-ФЗ)

*Понятия «инвестиционная платформа», «договор инвестирования», «инвестиции» содержатся в статье 2 Федерального закона от 02.08.2019 № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».*

Инвестиционная платформа - информационная система в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», используемая для заключения с помощью информационных технологий и технических средств этой информационной системы договоров инвестирования, доступ к которой предоставляется оператором инвестиционной платформы.

 Договор инвестирования - договор между инвестором и лицом, привлекающим инвестиции, по которому осуществляется инвестирование с использованием инвестиционной платформы способами, предусмотренными настоящим Федеральным законом.

 Инвестиции - денежные средства, используемые в целях получения прибыли или достижения иного полезного эффекта путем приобретения предусмотренных настоящим Федеральным законом ценных бумаг или цифровых прав либо путем предоставления займа.

5.3. Не допускается реклама, связанная с привлечением инвестиций с использованием инвестиционной платформы следующими способами:

1) предоставление займов;

2) приобретение размещаемых акций непубличного акционерного общества и эмиссионных ценных бумаг, конвертируемых в акции непубличного акционерного общества;

3) приобретение утилитарных цифровых прав (часть 5.3 введена Федеральным законом от 02.08.2019 № 259-ФЗ)

 *Понятие утилитарных цифровых прав* *содержится в статье 8 Федерального закона от 02.08.2019 № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».*

Также изменения коснулись статьи 29 Федерального закона о рекламе, регулирующей рекламу ценных бумаг, вступила в силу с 01.01.2020 часть 8 данной нормы, согласно которой, не допускается реклама биржевых облигаций до даты допуска их биржей к торгам в процессе размещения биржевых облигаций. Реклама биржевых облигаций, размещаемых в рамках программы облигаций, не допускается до регистрации биржей программы биржевых облигаций (часть 8 введена Федеральным законом от 09.02.2007 № 18-ФЗ, в ред. Федеральных законов от 21.11.2011 № 327-ФЗ, от 21.07.2014 № 218-ФЗ, от 27.12.2018 № 514-ФЗ)

Обращений по признакам нарушения вступивших в силу норм в адрес Кемеровского УФАС России не поступало, дел по признакам нарушения данной нормы не рассматривалось.

**Статистика за 2019 год:**

 В 2019 году Кемеровским УФАС России было рассмотрено **267** заявлений (в 2018- 204), **164 дела (в 2018 -100)**, из них:

- в **29** случаях дела были прекращены, в связи с не подтверждением нарушения,

- по **135** делам вынесены решения о признании нарушений;

- выдано **71** предписание об устранении нарушений (все исполнены в срок).

**Отмечу наиболее часто встречающиеся нарушения законодательства о рекламе в 2019 год**

 **1. Статья 5 Федерального закона «О рекламе».**

Реклама должна быть достоверной, добросовестной, в том числе корректной, не должна злоупотреблять доверием людей, особенно не надо забывать о том, что рекламу могут увидеть дети.

При изготовлении, размещении, распространении рекламы рекламодатель вправе выбрать форму, способ и средства рекламирования своего товара. Однако при этом он должен соблюдать обязательные требования, предъявляемые Законом о рекламе. Необходимо помнить, что оценка рекламы осуществляется с позиции обычного потребителя, не обладающего специальными знаниями (пункт 28 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»).

 **Примеры рассмотренных дел**

1. По результатам поступившего в адрес Кемеровского УФАС России материала Управления МВД России по г. Кемерово, а также обращения Прокуратуры г. Кемерово о рассмотрении заявления физического лица о наличии признаков нарушения Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы на заднем стекле автомобиля следующего содержания: «ЗАКАЗНЫЕ УБИЙСТВА тараканов, клопов и др. насекомых 8-<…>».

Вопрос отнесения изображений, слов и иных образов к оскорбительным носит субъективно-оценочный характер, основанный на восприятии данной информации каждым индивидуумом в отдельности. Очевидно, что восприятие одной и той же информации разными людьми может отличаться в зависимости от личностных характеристик субъекта (возраста, образования, воспитания, семейных устоев, места проживания и прочее).

 Cпорная реклама была рассмотрена на заседании Экспертного совета по рекламе при Кемеровском УФАС России и в адрес кафедры русского языка КемГУ был направлен запрос о даче заключения на основе социологического исследования и опроса по факту распространения указанной рекламы.

 Из заключения кандидата филологических наук, старшего преподавателя кафедры русского языка Кемеровского государственного университета, прошедшего повышение квалификации по программе «Судебная лингвистическая экспертиза: аналитико-экспертная деятельность филолога - практика» следует, что был проведен лингвосоциологический опрос, участниками которого стали граждане разного пола, возраста (достигшие 18 лет) и профессии, общее число которых составило 100 человек.

 Результаты проведенного опроса показали, что большинство граждан (76 %) воспринимают рекламный текст «ЗАКАЗНЫЕ УБИЙСТВА тараканов, клопов» как неэтичный, поскольку он вызывает негативные ассоциации, связанные с преступной деятельностью, что противоречит принятым в обществе нормам общения между людьми.

Учитывая все мнения, Комиссия Кемеровского УФАС России признала физическое лицо нарушившим требования части 6 статьи 5 ФЗ «О рекламе» при распространении указанной рекламы, предписание не выдавалось, в связи с его устранением в добровольном порядке.

1. По результатам рассмотрения обращений Администрации г. Кемерово, Управления Роспотребнадзора по Кемеровской области о рассмотрении заявления физического лица о наличии признаков нарушения Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы в г. Кемерово следующего содержания: «Букетная лавка Чем круче букет, тем ниже поцелуй. 9 роз 270 руб. <…> <…>».

Спорная реклама была рассмотрена на заседании Экспертного совета по рекламе при Кемеровском УФАС России и в адрес кафедры русского языка КемГУ был направлен запрос о даче заключения на основе социологического исследования и опроса по факту распространения указанной рекламы.

 Результаты проведенного опроса показали, что большинство граждан (79%) воспринимают рекламную фразу «чем круче букет, тем ниже поцелуй» как неприличную, поскольку она актуализирует тему сексуальных отношений не в романтическом плане, а в прагматично - циничном, что противоречит принятым в обществе нормам общения между людьми.

 Учитывая все мнения, Комиссия Кемеровского УФАС России признала Индивидуального предпринимателя нарушившей требования части 6 статьи 5 ФЗ «О рекламе» при распространении указанной рекламы и выдала предписание об устранении нарушения, находится в стадии исполнения.

 Действия, выразившиеся в нарушении требований статьи 5 Федерального закона «О рекламе», подлежат квалификации как действия, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее - КоАП РФ) и влечет наложение штрафа на физических лиц - от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей, на должностных лиц от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей, на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

 В отношении лиц, признанных нарушившими требования части 6 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» будут возбуждены административные производства по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, в настоящее время направлены уведомления о приглашении на составление протоколов.

 **2. Часть 1 статьи 18 Закона о рекламе**

 Частью 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» установлено, что распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

 В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 данного закона, несет рекламораспространитель.

 **В 2019** по данной категории дел Комиссией Кемеровского УФАС России было рассмотрено **25 дел** (в 2018 - 23 дела), из них:

- по **17** **делам** были вынесены решения о признании нарушений,

- выдано **12** предписаний об устранении нарушений (все исполнены в срок),

- **8 дел было прекращено** в связи с не подтверждением нарушения.

**Необходимо отметить, что во всех 8 случаях у рекламораспространителей имелись согласия от заявителей на получение смс - рекламы.**

В остальных случаях, согласие на получение абонентами рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи отсутствовало.

 Действия, выразившиеся в нарушении требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы посредством смс - сообщения, осуществления звонков без согласия абонента, подлежат квалификации как действия, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, согласно которой нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

 По делам, результатом рассмотрения которых явились решения о признании рекламы ненадлежащей, нарушающей часть 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ Кемеровским УФАС России в отношении рекламораспространителей были вынесены:

- **4 постановления** о назначении административного наказания в виде штрафа (по 3 делам штрафы уплачены, по 1 делу постановление находится в стадии исполнения),

- **по 3 делам** материалы административного производства были перенаправлены для рассмотрения по подведомственности (в Санкт-Петербургское УФАС - 2, в Московское УФАС России - 1),

- **7 дел** прекращено в связи с окончанием срока давности привлечения к административной ответственности,

 - **3 дела** находятся в процессе рассмотрения.

**3.** **Статья 19 Закона рекламе**

Размещение наружной рекламы осуществляется в соответствии с требованиями части 9 статьи 19 Федерального закона «О рекламе», согласно которой установка и эксплуатация рекламной конструкции возможна только при наличии разрешения на установку и эксплуатацию рекламной конструкции выданного органом местного самоуправления.

Частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» за нарушение требований части 9 статьи 19 Закона о рекламе несет ответственность рекламораспространитель.

 **В 2019 Кемеровским УФАС России было рассмотрено 46 дел, выдано 25 предписаний об устранения нарушения (исполнены), 5 дел прекращены, в связи с не подтверждением нарушения.**

 Административная ответственность за данное правонарушение предусмотрена статьей 14.37 КоАП РФ.

 Поскольку протоколы об административных правонарушениях, предусмотренных, в том числе статьями 14.37, 14.38, 14.43 (в части транспортных средств, находящихся в эксплуатации на территории Российской Федерации) составляют должностные лица органов внутренних дел (полиции) материалы по рассмотренным делам по рекламе, были направлены в адрес органов внутренних дел для возбуждения административного производства.

**4. Часть 5 статьи 20 Федерального закона о рекламе**

 В соответствии с частью 5 статьи 20 Закона о рекламе реклама, размещенная на транспортных средствах, не должна создавать угрозу безопасности движения, в том числе ограничивать обзор управляющим транспортными средствами лицам и другим участникам движения, и должна соответствовать иным требованиям технических регламентов.

**В 2019 Кемеровским УФАС по данной норме было рассмотрено 1 дело (в 2018 - 2).**

 В 2019 в адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступили материалы ОГИБДД Управления МВД России по г. Новокузнецку о размещении рекламы на автотранспортном средстве, создающей угрозу безопасности дорожного движения, а именно рекламы, ограничивающей обзор другим участникам дорожного движения в нарушение части 5 статьи 20 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с частью 5 статьи 20 Федерального закона «О рекламе» реклама, размещенная на транспортных средствах, не должна создавать угрозу безопасности движения, в том числе ограничивать обзор управляющим транспортными средствами лицам и другим участникам движения, и должна соответствовать иным требованиям технических регламентов.

В нарушение данной правовой нормы реклама, размещенная на автотранспортном средстве, создает угрозу безопасности дорожного движения, а именно, ограничивает обзор другим участникам дорожного движения.

 В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 5 статьи 20 Федерального закона «О рекламе», несет рекламораспространитель.

 По результатам рассмотрения дела реклама была признана ненадлежащей, предписание не выдавалось, в связи с устранением нарушения в добровольном порядке.

 Частью 4 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» установлено, что нарушение рекламодателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с КоАП РФ.

 В соответствии с частью 4 статьи 14.38 КоАП РФ размещение на транспортном средстве рекламы, создающей угрозу безопасности дорожного движения, в том числе рекламы, ограничивающей обзор лицу, управляющему транспортным средством, и другим участникам дорожного движения, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от двухсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

 Кемеровским УФАС России были подготовлены документы для возбуждения в отношении виновного лица административного производства, в адрес которого направлено уведомление о составлении протокола об административном правонарушении.

 **Важный момент в делах данной категории это безопасность граждан Кемеровской области - Кузбасса.**

**5. Пункт 5 части 2 статьи 21 Федерального закона «О рекламе»**

**В 2019 по признакам нарушения данной нормы было рассмотрено** **19 дел (в 2018 - 2).**

Пунктом 5 части 2 статьи 21 Федерального закона «О рекламе» установлено, что реклама алкогольной продукции не должна размешаться 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.

В нарушение данной правовой нормы были размещены рекламные конструкции с рекламой алкогольной продукции (пива).

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных пунктом 5 части 2 статьи 21 Федерального закона «О рекламе», несёт рекламораспространитель.

 ***По результатам рассмотрения 19 дел Кемеровским УФАС России в 18 случаях реклама была признана ненадлежащей, выдано 11 предписаний (исполнены), 1 дело прекращено в связи с не подтверждением нарушения.***

3 решения Кемеровского УФАС России были обжалованы в Арбитражный суд Кемеровской области и Седьмой Арбитражный апелляционный суд г. Томск. Решениями Арбитражного суда Кемеровской области по делам **№ А27-21401/2019**, **№ А27-21399/2019, № А27-21398/2019** решения Кемеровского УФАС России были признаны законными и обоснованными, Постановлениями апелляционной инстанции решения Арбитражного суда Кемеровской области оставлены без изменений, апелляционные жалобы без удовлетворения.

 Действия, выразившиеся в нарушении требований пункта 5 части 2 статьи 21 Федерального закона «О рекламе», подлежат квалификации как действия, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ и влечет наложение штрафа на физических лиц - от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей, на должностных лиц от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей, на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

По делам, результатом рассмотрения которых явились решения о признании рекламы ненадлежащей, нарушающей пункт 5 части 2 статьи 21 Федерального закона «О рекламе» было вынесено 14 постановлений о выдаче предупреждения, 1 административное производство не было возбуждено, в связи с окончанием срока привлечения к административной ответственности, 3 производства находятся в стадии рассмотрения.

***Примеры,***

1. В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило обращение физического лица о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении наружной рекламы алкогольной продукции - пива с текстами следующего содержания:

-**«Пиво Сибири 3 литра светлого за 149 рублей»**;

**-«Пиво Сибири Любая «трешка» за 199»; «Пиво Сибири 3 литра светлого 149руб»**;

-**«Пиво Сибири Любые 3 литра 149 рублей Подробности об акции у продавца консультанта чрезмерное употребление пива вредит вашему здоровью» с изображением бокалов с пенным**.

Пленум ВАС РФ в пункте 2 постановления от 08.10.2012 № 58 разъяснил, что при анализе информации на предмет наличия в ней признаков рекламы необходимо учитывать, что размещение отдельных сведений, очевидно вызывающих у потребителей ассоциацию с определенным товаром, имеющее своей целью привлечение внимания к объекту рекламирования, должно рассматриваться как реклама этого товара, поскольку в названных случаях для привлечения внимания и поддержания интереса к товару достаточно изображения части сведений о товаре.

Информация, очевидно ассоциирующаяся у потребителя с определенным товаром, должна рассматриваться как реклама этого товара (пункт 16 информационного письма от 25.12.1998 № 33 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе»).

Согласно части 4 статьи 2 Федерального закона «О рекламе» специальные требования и ограничения, установленные настоящим Федеральным законом в отношении рекламы отдельных видов товаров, распространяются также на рекламу средств индивидуализации таких товаров, их изготовителей или продавцов, за исключением случая, если реклама средств индивидуализации отдельного товара, его изготовителя или продавца явно не относится к товару, в отношении рекламы которого настоящим Федеральным законом установлены специальные требования и ограничения.

В июле 2019 состоялось заседание Экспертного совета по рекламе при Кемеровском УФАС России (составлен протокол № 2, очная форма).

Одним из вопросов обсуждения Экспертного совета по рекламе при Кемеровском УФАС России, являлось обсуждение вышеуказанной рекламы алкогольной продукции.

Членам экспертного совета по рекламе (присутствовало 12 человек) был задан следующий вопрос:

-Как Вы считаете, являются ли данные изображения (представлены фото рекламы вышеуказанного содержания) рекламой алкогольной продукции, продавца?

Решение членов экспертного совета по рекламе (да – 12 чел.; нет – 0 чел.; свой вариант – 0).

 Комиссией Кемеровского УФАС России реклама алкогольной продукции – пива, размещенной индивидуальным предпринимателем на рекламных конструкциях была признана ненадлежащей, выдано предписание об устранении нарушений (исполнено). По результатам рассмотрения административного дела по части 1 статьи 14.3 КоАП РФ Кемеровским УФАС России Индивидуальному предпринимателю было вынесено постановление о выдаче предупреждения.

2. В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило обращение физического лица о наличии признаков нарушения Федерального закона «О рекламе» при распространении наружной рекламы алкогольной продукции - пива с текстами следующего содержания:

- «Крюгер батл главный приз – годовой абонемент! Собери команду и выиграй 50л подробности акции в магазине»с изображением пивных кружек с пеной в виде людей, выплескивающейся из кружек.

Обсуждение спорной рекламы состоялось на заседании Экспертного совета по рекламе при Кемеровском УФАС России, по результатам обсуждения голоса распределились следующим образом (да - 8 чел.; нет - 2 чел.; свой вариант - 2).

 Комиссией Кемеровского УФАС России реклама алкогольной продукции - пива, размещенной индивидуальным предпринимателем на рекламных конструкциях была признана ненадлежащей, предписание не выдавалось в связи с окончанием срока размещения рекламы. Административное производство находится в стадии рассмотрения (решение по рекламе было обжаловано в Арбитражный суд Кемеровской области, Седьмой Арбитражный апелляционный суд г. Томска, в пользу Кемеровского УФАС России).

**6. Специальные требования статьи 24 Федерального закона «О рекламе»**

1. **Реклама лекарственных средств не должна:**

1) обращаться к несовершеннолетним;

2) содержать ссылки на конкретные случаи излечения от заболеваний, улучшения состояния здоровья человека в результате применения объекта рекламирования;

3) содержать выражение благодарности физическими лицами в связи с использованием объекта рекламирования;

4) создавать представление о преимуществах объекта рекламирования путем ссылки на факт проведения исследований, обязательных для государственной регистрации объекта рекламирования;

5) содержать утверждения или предположения о наличии у потребителей рекламы тех или иных заболеваний либо расстройств здоровья;

6) способствовать созданию у здорового человека впечатления о необходимости применения объекта рекламирования;

7) создавать впечатление ненужности обращения к врачу;

8) гарантировать положительное действие объекта рекламирования, его безопасность, эффективность и отсутствие побочных действий;

9) представлять объект рекламирования в качестве биологически активной добавки и пищевой добавки или иного не являющегося лекарственным средством товара;

10) содержать утверждения о том, что безопасность и (или) эффективность объекта рекламирования гарантированы его естественным происхождением.

 **Лекарственные средства** - это вещества или их комбинации, вступающие в контакт с организмом человека или животного, проникающие в органы, ткани организма человека или животного, применяемые для профилактики, диагностики (за исключением веществ или их комбинаций, не контактирующих с организмом человека или животного), лечения заболевания, реабилитации, для сохранения, предотвращения или прерывания беременности и полученные из крови, плазмы крови, из органов, тканей организма человека или животного, растений, минералов методами синтеза или с применением биологических технологий. К лекарственным средствам относятся фармацевтические субстанции и лекарственные препараты.

 **Фармацевтическая субстанция** - лекарственное средство в виде одного или нескольких обладающих фармакологической активностью действующих веществ вне зависимости от природы происхождения, которое предназначено для производства, изготовления лекарственных препаратов и определяет их эффективность;

 **Лекарственные препараты** - лекарственные средства в виде лекарственных форм, применяемые для профилактики, диагностики, лечения заболевания, реабилитации, для сохранения, предотвращения или прерывания беременности;

 **Лекарственная форма** - состояние лекарственного препарата, соответствующее способам его введения и применения и обеспечивающее достижение необходимого лечебного эффекта (статья 4 Федерального закона от 12.04.2010 № 61-ФЗ (ред. от 27.12.2019) «Об обращении лекарственных средств»).

2. Требования [пункта 6](#P475) части 1 настоящей статьи не распространяются на рекламу лекарственных препаратов, применяемых для профилактики заболеваний.

**3.** **Реклама медицинских услуг, в том числе методов профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации не должна:**

- содержать ссылки на конкретные случаи излечения от заболеваний, улучшения состояния здоровья человека в результате применения объекта рекламирования;

- содержать выражение благодарности физическими лицами в связи с использованием объекта рекламирования;

- создавать представление о преимуществах объекта рекламирования путем ссылки на факт проведения исследований, обязательных для государственной регистрации объекта рекламирования;

- содержать утверждения или предположения о наличии у потребителей рекламы тех или иных заболеваний либо расстройств здоровья.

**Понятия медицинская деятельность, медицинская услуга, профилактика, диагностика, медицинская реабилитация, помощь содержатся в Федеральном законе от 21.11.2011 № 323-ФЗ (ред. от 27.12.2019, с изм. от 13.01.2020) «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 08.01.2020):**

 **Медицинская деятельность** - профессиональная деятельность по оказанию медицинской помощи, проведению медицинских экспертиз, медицинских осмотров и медицинских освидетельствований, санитарно-противоэпидемических (профилактических) мероприятий и профессиональная деятельность, связанная с трансплантацией (пересадкой) органов и (или) тканей, обращением донорской крови и (или) ее компонентов в медицинских целях.

 **Медицинская помощь** - комплекс мероприятий, направленных на поддержание и (или) восстановление здоровья и включающих в себя предоставление медицинских услуг.

 **Медицинская услуга** - медицинское вмешательство или комплекс медицинских вмешательств, направленных на профилактику, диагностику и лечение заболеваний, медицинскую реабилитацию и имеющих самостоятельное законченное значение.

 **Медицинское вмешательство** - выполняемые медицинским работником и иным работником, имеющим право на осуществление медицинской деятельности, по отношению к пациенту, затрагивающие физическое или психическое состояние человека и имеющие профилактическую, исследовательскую, диагностическую, лечебную, реабилитационную направленность виды медицинских обследований и (или) медицинских манипуляций, а также искусственное прерывание беременности.

 **Профилактика** - комплекс медицинских вмешательств, направленных на распознавание состояний или установление факта наличия либо отсутствия заболеваний, осуществляемых посредством сбора и анализа жалоб пациента, данных его анамнеза и осмотра, проведения лабораторных, инструментальных, патолого-анатомических и иных исследований в целях определения диагноза, выбора мероприятий по лечению пациента и (или) контроля за осуществлением этих мероприятий.

 **Диагностика** - комплекс медицинских вмешательств, направленных на распознавание состояний или установление факта наличия либо отсутствия заболеваний, осуществляемых посредством сбора и анализа жалоб пациента, данных его анамнеза и осмотра, проведения лабораторных, инструментальных, патолого-анатомических и иных исследований в целях определения диагноза, выбора мероприятий по лечению пациента и (или) контроля за осуществлением этих мероприятий (статья 2 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»).

 **Медицинская реабилитация** - комплекс мероприятий медицинского и психологического характера, направленных на полное или частичное восстановление нарушенных и (или) компенсацию утраченных функций пораженного органа либо системы организма, поддержание функций организма в процессе завершения остро развившегося патологического процесса или обострения хронического патологического процесса в организме, а также на предупреждение, раннюю диагностику и коррекцию возможных нарушений функций поврежденных органов либо систем организма, предупреждение и снижение степени возможной инвалидности, улучшение качества жизни, сохранение работоспособности пациента и его социальную интеграцию в общество (статья 40 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»).

 **Перечень медицинских услуг** определен *Номенклатурой* *медицинских услуг, утвержденной Приказом Минздрава России от 13.10.2017 № 804н (ред. от 16.04.2019) «Об утверждении номенклатуры медицинских услуг».*

 *Письмо Минздрава России от 11.01.2017 № 17-2/66 «По вопросу отнесения отдельных услуг к медицинским услугам».*

 Понятий методов профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации Федеральный закон о рекламе не содержит, вместе с тем суды отмечают, что реклама, в которой раскрывается содержание того или иного метода профилактики, способа или приема диагностики, лечения и медицинской реабилитации, подпадает под запрет, установленный частью 8 статьи 24 данного закона (Определение Верховного Суда РФ от 27.10.2016 № 303-КГ16-8450 по делу № А04-5936/2015).

 Письмо ФАС России от 25.09.2017 № АК/65861/17 «О рекламе методов профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации».

**3.1. Реклама методов народной медицины не должна:**

- содержать ссылки на конкретные случаи излечения от заболеваний, улучшения состояния здоровья человека в результате применения объекта рекламирования;

- содержать выражение благодарности физическими лицами в связи с использованием объекта рекламирования;

- создавать представление о преимуществах объекта рекламирования путем ссылки на факт проведения исследований, обязательных для государственной регистрации объекта рекламирования;

- содержать утверждения или предположения о наличии у потребителей рекламы тех или иных заболеваний либо расстройств здоровья;

- создавать впечатление ненужности обращения к врачу.

 **Народной медициной** являются методы оздоровления, утвердившиеся в народном опыте, в основе которых лежит использование знаний, умений и практических навыков по оценке и восстановлению здоровья. К народной медицине не относится оказание услуг оккультно-магического характера, а также совершение религиозных обрядов (части 1 и 2 статьи 50 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»).

 При этом право на занятие народной медициной имеет гражданин, получивший разрешение, выданное органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации в сфере охраны здоровья (Постановление Коллегии Администрации Кемеровской области от 20.10.2014 № 435 «Об утверждении Порядка занятия народной медициной на территории Кемеровской области»).

**4. Реклама медицинских изделий не должна:**

- обращаться к несовершеннолетним;

- содержать ссылки на конкретные случаи излечения от заболеваний, улучшения состояния здоровья человека в результате применения объекта рекламирования;

-содержать выражение благодарности физическими лицами в связи с использованием объекта рекламирования;

-создавать представление о преимуществах объекта рекламирования путем ссылки на факт проведения исследований, обязательных для государственной регистрации объекта рекламирования;

-содержать утверждения или предположения о наличии у потребителей рекламы тех или иных заболеваний либо расстройств здоровья;

- способствовать созданию у здорового человека впечатления о необходимости применения объекта рекламирования;

-создавать впечатление ненужности обращения к врачу;

-гарантировать положительное действие объекта рекламирования, его безопасность, эффективность и отсутствие побочных действий.

Понятия «медицинские изделия», «фальсифицированное медицинское изделие», «контрафактное медицинское изделие», порядок регистрации, порядок ввоза на территорию Российской Федерации, о государственном реестре медицинских изделий, о запретах регламентировано в статье 38 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 08.01.2020).

Приказом Минздрава России от 06.06.2012 № 4н (ред. от 25.09.2014) утверждена номенклатура классификации медицинских изделий (вместе с «Номенклатурной классификацией медицинских изделий по видам», «Номенклатурной классификацией медицинских изделий по классам в зависимости от потенциального риска их применения») (Зарегистрировано в Минюсте России 09.07.2012 № 24852).

Письмо Росздравнадзора от 02.10.2019 № 01И-2391/19 «Об обращении фотоэпиляторов».

Письмо Росздравнадзора от 29.05.2019 № 01И-1336/19 «О незарегистрированном медицинском изделии».

Письмо Росздравнадзора от 09.11.2018 № 02И-2651/18 «О незарегистрированном медицинском изделии».

***5. Требования*** [***пунктов 2***](#Par5) ***и*** [***3***](#Par6) ***части 1 настоящей статьи не распространяются*** *на рекламу, распространяемую в местах проведения медицинских или фармацевтических выставок, семинаров, конференций и иных подобных мероприятий, а также в предназначенных для медицинских и фармацевтических работников специализированных печатных изданиях, и на иную рекламу, потребителями которой являются исключительно медицинские и фармацевтические работники.*

**6. Сообщение в рекламе о свойствах и характеристиках, в том числе о способах применения и использования, лекарственных препаратов и медицинских изделий допускается только в пределах показаний, содержащихся в утвержденных в установленном порядке инструкциях по применению и использованию таких объектов рекламирования.**

**7. Часть 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе»**

**Реклама:**

- лекарственных препаратов,

- медицинских услуг,

- методов профилактики, диагностики, лечения, медицинской реабилитации,

- медицинских изделий

**должна сопровождаться предупреждением о наличии противопоказаний к их применению и использованию, необходимости ознакомления с инструкцией по применению или получения консультации специалистов.**

 **В рекламе, распространяемой:**

- в радиопрограммах, продолжительность такого предупреждения должна составлять **не менее чем три секунды**,

- в телепрограммах и при кино - и видеообслуживании, - **не менее чем пять секунд и должно быть отведено не менее чем семь процентов площади кадра**,

- другими способами, - **не менее чем пять процентов рекламной площади (рекламного пространства)**.

Требования настоящей части не распространяются на рекламу, распространяемую в местах проведения медицинских или фармацевтических выставок, семинаров, конференций, иных подобных мероприятий, специализированных печатных изданиях, предназначенных для медицинских и фармацевтических работников, иную рекламу, потребителями которой являются исключительно медицинские и фармацевтические работники.

Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 28.03.2019№ 02АП-354/2019 по делу № А28-8624/2018, Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 30.01.2019 N Ф06-41068/2018 по делу № А65-14957/2018, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.02.2018 № Ф05-21801/2017 по делу № А40-76627/2017

**8. Часть 8 статьи 24 Федерального закона «О рекламе»**

 **Реклама**

- лекарственных препаратов в формах и дозировках, отпускаемых по рецептам на лекарственные препараты,

- методов профилактики, диагностики, лечения, медицинской реабилитации,

- медицинских изделий, для использования которых требуется специальная подготовка,

**допускается только в местах проведения медицинских или фармацевтических** выставок, семинаров, конференций, иных подобных мероприятий, специализированных печатных изданиях, предназначенных для медицинских и фармацевтических работников.

**9.** Реклама лекарственных средств, содержащих разрешенные к применению в медицинских целях наркотические средства или психотропные вещества, внесенные в список наркотических средств и психотропных веществ, оборот которых в Российской Федерации ограничен и в отношении которых устанавливаются меры контроля в соответствии с законодательством Российской Федерации и международными договорами Российской Федерации, и список психотропных веществ, оборот которых в Российской Федерации ограничен и в отношении которых допускается исключение некоторых мер контроля в соответствии с законодательством Российской Федерации и международными договорами Российской Федерации, запрещается, за исключением рекламы таких лекарственных средств в местах проведения медицинских или фармацевтических выставок, семинаров, конференций и иных подобных мероприятий и в предназначенных для медицинских и фармацевтических работников специализированных печатных изданиях.

10. Проведение рекламных акций, сопровождающихся раздачей образцов лекарственных средств, содержащих наркотические средства и психотропные вещества, запрещается.

*«Постатейный комментарий к Федеральному закону «О рекламе» (Бадалов Д.С., Василенкова И.И., Карташов Н.Н., Котов С.Ф., Никитина Т.Е.) размещен в базе «Консультант Плюс».*

*При поддержке ФАС России подготовлены* *Рекомендации* *по соблюдению законодательства о рекламе безрецептурных лекарственных средств, в котором можно найти открытый перечень допустимых слов и выражений.*

 **Например, лучше не использовать слова: избавит, вылечит, победит, уничтожит, устранит, станет легче, однозначно, непременно, неизбежно, гарантировано, навсегда, никогда, стремительно, мгновенно, долго. Также в рекламе не следует перечислять симптомы и при этом утверждать или предполагать, что каждый потребитель болен («Кашляете?», «Чихаете?», Кажется, вы заболеваете?», «Вы больны гриппом» и т.д.).**

**При этом можно упоминать в рекламе симптомы, которые перечислены в инструкции по применению препарата («при кашле…», «при боли в горле…», «чтобы снять заложенность в носу…».**

*Данные рекомендации размещены в базе «Консультант Плюс».*

**Помимо специальных требований к рекламе данной категории товаров, работ, услуг установлены общие требования статьями 5, 7 Федерального закона «О рекламе», которые также необходимо соблюдать.**

 **Реклама не должна:**

- побуждать к совершению противоправных действий;

- призывать к насилию и жестокости;

-иметь сходство с дорожными знаками или иным образом угрожать безопасности движения автомобильного, железнодорожного, водного, воздушного транспорта;

-формировать негативное отношение к лицам, не пользующимся рекламируемыми товарами, или осуждать таких лиц;

- содержать информацию порнографического характера.

 **В рекламе не допускается:**

-использование иностранных слов и выражений, которые могут привести к искажению смысла информации;

-указание на то, что объект рекламирования одобряется органами государственной власти или органами местного самоуправления либо их должностными лицами;

-демонстрация процессов курения и потребления алкогольной продукции;

-использование образов медицинских и фармацевтических работников, **за исключением** такого использования в рекламе медицинских услуг, средств личной гигиены, в рекламе, потребителями которой являются исключительно медицинские и фармацевтические работники, в рекламе, распространяемой в местах проведения медицинских или фармацевтических выставок, семинаров, конференций и иных подобных мероприятий, в рекламе, размещенной в печатных изданиях, предназначенных для медицинских и фармацевтических работников.

*Из письма ФАС России от 14.06.2018 № АК/43550/18* следует, что использование образов медицинских работников допускается исключительно в рекламе медицинских услуг и средств личной гигиены.

 Реклама любых товаров с использованием образов медицинских работников допускается в случае, если указанная реклама распространяется исключительно:

- в местах проведения медицинских или фармацевтических выставок, семинаров, конференций и иных подобных мероприятий;

- в печатных изданиях, предназначенных для медицинских и фармацевтических работников.

Также необходимо отметить, что запрет, содержащийся в пункте 4 части 5 статьи 5 Федерального закона «О рекламе», касается не только визуального образа медицинских и фармацевтических работников, но любых визуальных, звуковых и иных средств, формирующих образ медицинских и фармацевтических работников в сознании потребителя рекламы.

При этом под образом медицинского работника понимается, в том числе указание в тексте рекламы наименования специальности медицинского работника (например, стоматолог, хирург и т.п.) или профессиональной принадлежности (врач, доктор, медик, фармацевт, аптекарь и т.п.).

- указание на то, что рекламируемый товар произведен с использованием тканей эмбриона человека;

- 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 профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации, медицинских изделий.

В рекламе не допускается использование бранных слов, непристойных и оскорбительных образов, сравнений и выражений.

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 (часть 7 статьи 5 Федерального закона «О рекламе»); реклама медицинских услуг по искусственному прерыванию беременности (пункт 9 ст.7 Федерального закона «О рекламе»).

 **Обращаю Ваше внимание, что лучше проверять все сведения, указанные в рекламе до момента ее размещения.**

 Статьей 13 Федерального закона «О рекламе» установлено, что рекламодатель по требованию рекламораспространителя обязан предоставлять документально подтвержденные сведения о соответствии рекламы требованиям настоящего Федерального закона, в том числе сведения о наличии лицензии, об обязательной сертификации, о государственной регистрации.

Согласно данной норме рекламораспространитель имеет право до заключения договора потребовать от рекламодателя подтвердить документально, все то, о чем указано в рекламе, а именно представить документы, подтверждающие ее достоверность, в том числе и лицензию, если рекламируемый вид деятельности лицензируется, и сертификаты соответствия на продукцию и любые иные документы, относящиеся к подтверждению о Вас как об организации, либо Индивидуальном предпринимателе, о рекламируемых товарах, услугах и т.д.

**Из практики (пояснений сторон) следует, что** перед заключением договора в устной форме рекламодатель пояснил, что лицензия на медицинскую деятельность у него имеется, либо что данный вид деятельности лицензированию не подлежит.

 Поверив рекламодателю на слово, рекламораспространитель распространил рекламу медицинской деятельности без лицензии, нарушив требования пункта 7 статьи 7 Федерального закона «О рекламе». Согласно данной норме не допускается реклама товаров, на производство и (или) на реализацию которых требуется получение лицензий или иных специальных разрешений, в случае отсутствия таких разрешений.

Соответственно, реклама была признана ненадлежащей, а в отношении рекламодателя и рекламораспространителя были применены меры административного наказания в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.

**За нарушение требований законодательства о рекламе частями 6,7,8 статьи 38 Федерального закона «О рекламе»** разграничена **ответственность**:

В соответствии с частью 6 статьи 38 ФЗ «О рекламе **рекламодатель несет ответственность** за нарушение требований, установленных [частями 2](#P89) - [8](#P136), [12 статьи 5](#P148), [статьями 6](#P151) - [9](#P189), [частями 4](#P202) - [6 статьи 10](#P206), [статьей 12](#P213), [частью 3 статьи 19](#P310), [частями 2](#P407) и [6 статьи 20](#P416), [частями 1](#P422), [3](#P453), [5 статьи 21](#P456), [статьями 24](#P466) и [25](#P499), [частями 1](#P513) и [6 статьи 26](#P523), [частями 1](#P530) и [5 статьи 27](#P562), [статьями 28](#P567) - [30.2](#P652) настоящего Федерального закона.

 Частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» установлено, что **рекламораспространитель несет ответственность** за нарушение требований, установленных [пунктом 3 части 4](#P119), [пунктом 6 части 5](#P130), [частями 9](#P137) - [10.3](#P144), [12 статьи 5](#P148), [статьями 7](#P164) - [9](#P189), [12](#P213), [14](#P224) - [18](#P295), [частями 2](#P308) - [4](#P315) и [9 статьи 19](#P331), [частями 2](#P407) - [6 статьи 20](#P416), [частями 2](#P431) - [5 статьи 21](#P456), [частями 7](#P491) - [9 статьи 24](#P495), [статьей 25](#P499), [частями 1](#P513) - [5 статьи 26](#P519), [частями 2](#P539) и [5 статьи 27](#P562), [частями 1](#P570), [4](#P578), [7](#P600), [8](#P604), [11](#P608) и [13 статьи 28](#P613), [частями 1](#P620), [3](#P622), [4](#P623), [6](#P629) и [8 статьи 29](#P631), [частями 1](#P646) и [2 статьи 30.1](#P648) настоящего Федерального закона.

 Согласно части 8 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламопроизводитель несет ответственность за нарушение требований, указанных в [частях 6](#P760) и [7](#P762) настоящей статьи, в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине.

 **Также считаю необходимым отметить, что Законодатель выделил специальную норму ответственности ввиду особой социальной значимости, нарушения в сфере рекламы лекарственных средств, медицинских изделий и медицинских услуг**, **которые могут иметь наиболее серьезные неблагоприятные последствия для общества** (**часть 5 статьи 14.3 КоАП РФ), согласно которой -**

*Нарушение установленных законодательством о рекламе требований к рекламе лекарственных средств, медицинских изделий и медицинских услуг, в том числе методов лечения, а также биологически активных добавок -*

*влечет наложение административного штрафа:*

**- на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей;**

**- на должностных лиц - от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей;**

**- на юридических лиц - от двухсот тысяч до пятисот тысяч рублей.**

Во всех рассмотренных делах в предыдущие годы предупреждение в рекламах было указано, но при размещении (верстке в печать) **составило менее чем пять процентов рекламной площади (рекламного пространства)**.

*По результатам рассмотрения в 2017 году 7 дел - Кемеровским УФАС России было вынесено 6 решений, выдано 4 предписания (исполнены), 1 дело было прекращено.*

Действия, выразившиеся в нарушении требований части 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе», подлежат квалификации как действия, ответственность за которые предусмотрена частью 5 статьи 14.3 КоАП РФ, согласно которой нарушение установленных законодательством о рекламе требований к рекламе лекарственных средств, медицинских изделий и медицинских услуг, в том числе методов лечения, а также биологически активных добавок влечет наложение административного штрафа **на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от двухсот тысяч до пятисот тысяч рублей.**

 По 6 делам, результатом рассмотрения которых в 2017 явилось решение о признании рекламы ненадлежащей, нарушающей часть 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе» было вынесено 4 постановления о выдаче предупреждения, 2 штрафа в размере 2 т.р. (оплачены).

**Пример рассмотренного дела в 2018,**

В 2018 Комиссией Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по результатам рассмотрения дела № 117/Р-2017 о нарушении законодательства о рекламе было вынесено решение о признании ненадлежащей рекламы ООО, поскольку в ней были   нарушены требования пункта 7 статьи 7, части 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе» при размещении рекламы медицинских услуг  в газете следующего содержания: «16 сентября (суббота) с 8:00 до 14:00 в г. Тайга по адресу: <…> (поликлиника <…>) ведут прием специалисты г. Барнаул: УЗИ - диагностика…Гинекологическое обследование Оториноларинголог (ЛОР)… Удаление и исследование образований кожи… Консультации специалистов … Гастроэнеролог  Проводятся забор анализа крови… Прием платный. О противопоказаниях консультироваться с врачом Реклама. Лицензия № <…> от <…> <…> <…>г.».

Из ответа Управления лицензирования медико - фармацевтических видов деятельности   Кемеровской области  следовало, что в едином реестре лицензий на осуществление медицинской деятельности имелась информация о наличии у ООО лицензии на осуществление медицинской деятельности № <…>, представленной Главным управлением Алтайского края по здравоохранению и фармацевтической деятельности. Адрес места осуществления деятельности: г. Тайга, ул. <…>, <…> в данной лицензии отсутствовала.

Пунктом 7 статьи 7 Федерального закона «О рекламе» установлено, что не допускается реклама товаров, на производство и (или) реализацию которых требуется получение лицензий или иных специальных разрешений, в случае отсутствия таких разрешений.

Указание в рекламе на виды деятельности, которые общество не вправе осуществлять (УЗИ - диагностика, гинекологическое обследование, оториноларинголог (ЛОР), удаление и исследование образований кожи, забор анализа крови и др.) по адресу г. Тайга, ул. <…>, <…> нарушает требования пункта 7 статьи 7 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе» реклама лекарственных препаратов, медицинских услуг, в том числе методов профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации, медицинских изделий должна сопровождаться предупреждением о наличии противопоказаний к их применению и использованию, необходимости ознакомления с инструкцией по применению или получения консультации специалистов. В рекламе, распространяемой в радиопрограммах, продолжительность такого предупреждения должна составлять не менее чем три секунды, в рекламе, распространяемой в телепрограммах и при кино- и видеообслуживании, - не менее чем пять секунд и должно быть отведено не менее чем семь процентов площади кадра, а в рекламе, распространяемой другими способами, - не менее чем пять процентов рекламной площади (рекламного пространства). Требования настоящей части не распространяются на рекламу, распространяемую в местах проведения медицинских или фармацевтических выставок, семинаров, конференций и иных подобных мероприятий, а также в предназначенных для медицинских и фармацевтических работников специализированных печатных изданиях, и на иную рекламу, потребителями которой являются исключительно медицинские и фармацевтические работники.

В нарушение данной правовой нормы, в тексте вышеуказанной рекламы площадь предупреждения составляет менее 5% рекламной площади (рекламного пространства).

**Расчет: 4,5х100/175=2,57%, где 4,5 (см2) - площадь предупреждения, 175 (см2) - площадь рекламы.**

Частью 4 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» установлено, что нарушение рекламодателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями  законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Частью 6 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» установлено,  что рекламодатель несет ответственность за нарушение требований пункта 7 статьи 7, части 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе».

Частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ установлено, что нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2 - 6 настоящей статьи, частью 4 статьи 14.3.1, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламораспространителем, рекламопроизводителем части 7 статьи 24 Федеральный закон «О рекламе» установлена частью 5 статьи 14.3 КоАП РФ, согласно которой нарушение установленных законодательством о рекламе требований к рекламе лекарственных средств, медицинских изделий и медицинских услуг, в том числе методов лечения, а также биологически активных добавок, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от двухсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

Частью 2 статьи 4.4 КоАП РФ установлено, что при совершении лицом одного действия (бездействия), содержащего составы административных правонарушений, ответственность за которые предусмотрена двумя и более статьями (частями статей) настоящего Кодекса и рассмотрение дел о которых подведомственно одному и тому же судье, органу, должностному лицу, административное наказание назначается в пределах санкции, предусматривающей назначение лицу, совершившему указанное действие (бездействие), более строгого административного наказания.

Действия Общества, выразившиеся в нарушении требований пункта 7 статьи 7, части 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы в газете, были квалифицированы как действия, ответственность за которое предусмотрена частью 5 статьи 14.3 КоАП РФ.

Обществу было вынесено постановление о назначении штрафа  в размере 200 000 (двести тысяч) рублей. Штраф уплачен.

**7. По признакам нарушения статьи 28 Федерального закона «О рекламе» в 2019 Кемеровским УФАС России было рассмотрено - 14 дел.**

 Напомню, еще раз об основных требованиях к рекламе финансовых услуг, которые чаще всего нарушаются.

В соответствии с частью 1 статьи 28 Федерального закона «О рекламе» реклама банковских, страховых и иных финансовых услуг и финансовой деятельности должна содержать наименование или имя лица, оказывающего эти услуги или осуществляющего данную деятельность (для юридического лица - наименование, для индивидуального предпринимателя - фамилию, имя и (если имеется) отчество).

Согласно пункту 1 статьи 54 Гражданского кодекса Российской Федерации наименование юридического лица в обязательном порядке должно содержать указание на его организационно-правовую форму.

 **В нарушение части 1 статьи 28 Федерального закона в текстах размещаемых реклам отсутствовало наименование лица, оказывающего в основном услуги по предоставлению займов, по предоставлению ипотечного кредитования, военной ипотеки, а именно отсутствовало указание на организационно - правовую форму юридического лица.**

 Согласно пункту 2 части 2 статьи 28 Федерального закона «О рекламе» реклама банковских, страховых и иных финансовых услуг и финансовой деятельности не должна умалчивать об иных условиях оказания соответствующих услуг, влияющих на сумму доходов, которые получат воспользовавшиеся услугами лица, или на сумму расходов, которую понесут воспользовавшиеся услугами лица, если в рекламе сообщается хотя бы одно из таких условий

Частью 3 статьи 28 Федерального закона «О рекламе» установлено, что если реклама услуг, связанных с предоставлением кредита или займа, пользованием им и погашением кредита или займа, содержит хотя бы одно условие, влияющее на его стоимость, такая реклама должна содержать все остальные условия, определяющие полную стоимость кредита (займа), определяемую в соответствии с Федеральным законом «О потребительском кредите (займе)», для заемщика и влияющие на нее.

В соответствии с письмом с ФАС России от 31.07.2014 № АД/30890/14 «О рекламе финансовых услуг» к условиям, определяющим полную стоимость кредита, могут быть отнесены: сумма потребительского кредита (займа); срок действия договора потребительского кредита (займа) и срок возврата потребительского кредита (займа); валюта, в которой предоставляется потребительский кредит (заем); процентная ставка в процентах годовых, а при применении переменной процентной ставки - порядок ее определения.

В нарушение вышеуказанных правовых норм в текстах рассматриваемых реклам были указаны не все условия необходимые потребителю для принятия осознанного решения, такие как срок займа и его полная стоимость в процентах годовых в тексте рекламы отсутствовали.

 Согласно части 6 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушения всех частей статьи 28 данного закона.

 Частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» установлено, что рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных, частями 1, 4, 7, 8, 11 и 13 статьи 28 Федерального закона «О рекламе».

 **По результатам рассмотрения дел - Кемеровским УФАС России было вынесено 13 решений о признании рекламы ненадлежащей, выдано 7 предписаний (исполнены), 1 дело прекращено, в связи с не подтверждением факта нарушения.**

 Действия, выразившиеся в нарушении вышеуказанных требований статьи 28 Федерального закона «О рекламе», подлежат квалификации как действия, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ и влечет наложение штрафа на физических лиц - от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей, на должностных лиц от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей, на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

По делам, результатом рассмотрения которых явилось решение о признании рекламы ненадлежащей, нарушающей статью 28 Федерального закона «О рекламе» **было вынесено 9 постановлений о выдаче предупреждения, 2 постановления о назначении наказания в виде штрафа в размере 300т.р. (оплачен), 100 т.р.** (в срок штраф не был уплачен, материалы направлены судебным приставам для принудительного взыскания, также возбуждено административное производство по части 1 статьи 20.25 КоАП РФ за неуплату штрафа, материалы направлены мировому судье для рассмотрения). 2 административных дела находятся в процессе рассмотрения.

**Статистика по административной ответственности, предусмотренной частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.**

В 2019 по признакам нарушения статьи 14.3 КоАП РФ, предусматривающую административную ответственность за нарушение законодательства о рекламе было возбуждено **61** **дело** (в 2018 - **55 дел**) об административных правонарушениях, из них:

- по **16 делам** - выданы Постановления о наложении штрафа (в 2018 - по **16** делам) на общую сумму - **947 000 рублей** (в 2018 - 1022 тыс. рублей).

- **6**  **дел** прекращено (в 2018 - **9** дел).

- **10 постановлений исполнено, выданных в отчетном периоде** (в 2018 - **14** исполнено), остальные находятся в стадии исполнения.

- **3 Постановления исполнено,** выданных в 2018.

Сумма уплаченного штрафа составила **533 тыс. рублей (**в 2018 - **837, 8** **рублей)**.

Считаю необходимым еще раз напомнить Вам о том, что с июля 2016г. для **субъектов малого и среднего предпринимательства**, их должностных лиц была установлена обязанность **замены штрафа**, как административного наказания **за впервые совершенное правонарушение**, **на предупреждение** (часть 1 статьи 4.1.1 КоАП РФ), с учетом определенных условий.

 Замена штрафа на предупреждение предусмотрена в том случае, если правонарушение совершено впервые и отсутствует причинение вреда или возникновение угрозы причинения вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также при отсутствии имущественного ущерба (ч.2 ст. 3.4 КоАП РФ).

 В отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, не подпадающих под понятие **субъект малого и среднего предпринимательства**, указанная норма не применяется.

 Критерии отнесения к **субъектам малого и среднего предпринимательства** установлены в Федеральном законе от 24 июля 2007 № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации».

 Сведения о **субъектах малого и среднего предпринимательства** вносятся в единый реестр СМП, который находится в открытом доступе на сайте Федеральной налоговой службы.

**В 2019 году Постановлений о выдаче предупреждений** по статье 14.3 КоАП РФ Кемеровским УФАС России было **выдано 39** (в 2018 - административное наказание в виде административного штрафа подлежало замене на предупреждение **в 30 случаях**).

**Нарушение требований статьи 15 Федерального закона «О защите конкуренции» при размещении рекламных конструкций**

Указом Президента Российской Федерации от 21.12.2017 № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции» утвержден Национальный план развития конкуренции в Российской Федерации на 2018-2020 годы (далее — Национальный план).

По итогам заседания Государственного совета Российской Федерации по вопросу приоритетных направлений деятельности субъектов Российской Федерации по содействию развитию конкуренции в стране, состоявшемся 5 апреля 2018 года, сфера наружной рекламы включена в перечень приоритетных направлений деятельности субъектов Российской Федерации по содействию развитию конкуренции в Российской Федерации, указанных в Докладе Государственному Совету Российской Федерации.

В соответствии с Пунктом «б» части 1 Национального плана определен ключевой показатель - снижение количества нарушений антимонопольного законодательства со стороны органов государственной власти и органов местного самоуправления к 2020 году не менее чем в 2 раза по сравнению с 2017 годом, в связи с чем Кемеровское УФАС России считает необходимым обратить внимание на следующее:

Статья 19 Федерального закона «О рекламе» определен порядок установки и эксплуатации рекламных конструкций.

Так, согласно части 5 указанной статьи установка и эксплуатация рекламной конструкции осуществляются ее владельцем по договору с собственником земельного участка, здания или иного недвижимого имущества, к которому присоединяется рекламная конструкция, либо с лицом, управомоченным собственником такого имущества, в том числе с арендатором.

Субъекты Российской Федерации устанавливают предельные сроки, на которые могут заключаться договоры на установку и эксплуатацию рекламных конструкций, в зависимости от типов и видов рекламных конструкций и применяемых технологий демонстрации рекламы, но не менее чем на пять лет и не более чем на десять лет. Конкретные сроки договора на установку и эксплуатацию рекламной конструкции на земельном участке, здании или ином недвижимом имуществе, находящихся в государственной или муниципальной собственности, либо на земельном участке, государственная собственность на который не разграничена, устанавливаются соответственно органом исполнительной власти, органом местного самоуправления муниципального района или органом местного самоуправления городского округа в зависимости от типа и вида рекламной конструкции, применяемых технологий демонстрации рекламы в границах соответствующих предельных сроков.

При этом в соответствии с частью 5.1 данной статьи заключение договора на установку и эксплуатацию рекламной конструкции на земельном участке, здании или ином недвижимом имуществе, находящемся в государственной или муниципальной собственности, осуществляется на основе торгов (в форме аукциона или конкурса), проводимых органами государственной власти и органами местного самоуправления. Форма проведения торгов (аукцион или конкурс) устанавливается органами государственной власти или представительными органами муниципальных образований.

Торги на право заключения договора на установку и эксплуатацию рекламной конструкции на земельном участке, который находится в государственной собственности, муниципальной собственности или государственная собственность на который не разграничена, а также на здании или ином недвижимом имуществе, находящихся в собственности субъектов Российской Федерации или муниципальной собственности проводятся органом государственной власти, органом местного самоуправления муниципального района или органом местного самоуправления городского округа либо уполномоченной ими организацией только в отношении рекламных конструкций, указанных в данных схемах.

Из изложенного следует, что право определения формы проведения торгов (аукцион или конкурс) принадлежит органам государственной власти или представительным органам муниципальных образований.

Установка и эксплуатация рекламной конструкции возможны только при наличии разрешения на установку и эксплуатацию рекламной конструкции, выданного органом местного самоуправления.

Необходимо отметить, что в результате анализа положений статьи 19 Закона о рекламе предельный срок, в течение которого органы государственной власти или представительные органы муниципальных образований должны реализовать предоставленные действующим законодательством РФ полномочия по определению формы проведения торгов (аукцион или конкурс) на право заключения договора на установку и эксплуатацию рекламной конструкции на земельном участке, который находится в государственной собственности, муниципальной собственности или государственная собственность на который не разграничена, не установлен.

До настоящего времени в муниципальных образованиях имеют место случаи установки и эксплуатации рекламных конструкций на частных территориях с нарушением Федерального закона «О рекламе»:

- рекламные конструкции установлены не на тех местах, на которые выдано разрешение на установку и эксплуатацию рекламной конструкции (в большинстве случаев смещение рекламных конструкций происходит в сторону полосы отвода автомобильной дороги), то есть, по сути рекламные конструкции эксплуатируются без действующих разрешений;

- конструкции установлены без соответствующих договоров с собственниками земельных участков;

- рекламные конструкции не включены в Схему размещения рекламных конструкций на территории муниципальных образований.

Указанные действия могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции в сфере наружной рекламы и могут быть расценены антимонопольным органом как содержащие признаки нарушения статьи 15 Закона о защите конкуренции, согласно которой органам местного самоуправления, иным осуществляющим функции указанных органов органам или организациям, запрещается принимать акты и (или) осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции.

В случае выявления фактов незаконной установки рекламных конструкций, в том числе на недвижимом имуществе, находящемся в частной собственности, также могут быть предприняты меры антимонопольного реагирования, предусмотренные антимонопольным законодательством.

Установка и эксплуатация рекламной конструкции без разрешения, срок действия которого не истек, не допускаются согласно части 10 статьи 19 Закона о рекламе. При этом данная же норма определяет последствия выявления конструкции, установленной и эксплуатируемой без соответствующего разрешения - такая конструкция подлежит демонтажу на основании предписания органа местного самоуправления муниципального района или органа местного самоуправления городского округа, на территориях которых установлена рекламная конструкция.

При этом выдача предписания о демонтаже рекламной конструкции, установленной и эксплуатируемой в отсутствие разрешения на установку и эксплуатацию рекламной конструкции, срок действия которого не истек, а также демонтаж рекламной конструкции, в случае, установленном Законом о рекламе, является обязанностью, а не правом органа местного самоуправления.

Неисполнение указанной обязанности органом местного самоуправления может подпадать под признаки нарушения части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции.

Части 10, 21, 21.1, 21.2, 21.3 статьи 19 Закона о рекламе предусматривают действия органов местного самоуправления в случае выявления рекламной конструкции, установленной и эксплуатируемой без разрешения, срок действия которого не истек, а также действия органа местного самоуправления, если владелец рекламной конструкции, установленной и эксплуатируемой без действующего разрешения, не выполнит предписание органа местного самоуправления.

Демонтаж рекламной конструкции, установленной и/или эксплуатируемой в отсутствие разрешения, срок действия которого не истек, должен быть осуществлен в разумный срок, необходимый для организации соответствующих работ. Такой срок, по мнению антимонопольного органа, начинает исчисляться с момента выявления органом местного самоуправления рекламной конструкции, установленной и/или эксплуатируемой в отсутствие разрешения, срок действия которого не истек.

При отсутствии разрешения на установку и эксплуатацию рекламной конструкции, такая рекламная конструкция должна быть демонтирована, в том числе в порядке, предусмотренном частями 10, 21, 21.1, 21.2, 21.3 статьи 19 Закона о рекламе.

Статья 39.1 Закона о защите конкуренции предусматривает в случае выявления признаков нарушения статьи 15 данного Закона выдачу антимонопольным органом хозяйствующему субъекту, федеральному органу исполнительной власти, органу государственной власти субъекта Российской Федерации, органу местного самоуправления, иным осуществляющим функции указанных органов органу или организации предупреждения в письменной форме о прекращении действий (бездействия), об отмене или изменении актов, которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, либо об устранении причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, и о принятии мер по устранению последствий такого нарушения.

Такое предупреждение антимонопольного органа может содержать указание на необходимость совершения органом местного самоуправления действий, направленных на демонтаж рекламных конструкций, установленных и эксплуатируемых без действующего разрешения.

**Судебная практика**

В соответствии с ч. 1 ст. 33 Федерального Закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий государственный надзор за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе**.**

В силу ч.2 ст. 36 Закона о рекламе антимонопольный орган в пределах своих полномочий **возбуждает и рассматривает дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, принимает по результатам рассмотрения таких дел решения и выдает предписания**, предусмотренные настоящим Федеральным законом.

В 2019 году комиссией Кемеровского УФАС России по признакам нарушения законодательства о рекламе было рассмотрено 164 дела, 29 из которых были прекращены ввиду отсутствия нарушения законодательства о рекламе, таким образом, по 135 делам комиссия антимонопольного органа пришла к выводу о наличий нарушений законодательства о рекламе.

Согласно ч.1 ст. 37 Закона о рекламе решение, предписание антимонопольного органа могут быть оспорены в суде или арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения, выдачи предписания.

В 2019 году а Арбитражный суд Кемеровской области было обжаловано 11 решений Комиссии Кемеровского УФАС России, 9 решений комиссии антимонопольного органа Арбитражным судом Кемеровской области были признаны законными, 2 решения комиссии были отменены.

В соответствии с ч.1 ст. 5 Закона о рекламе реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются, в частности:

Недобросовестной признается реклама, которая - содержит некорректные сравнения рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами (п.1 ч.2 ст. 5 Закона о рекламе).

Недостоверной признается реклама, которая содержит не соответствующие действительности сведения - о преимуществах рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами (п.1 ч.3 ст. 5 Закона о рекламе).

Так комиссия антимонопольного органа признала недостоверной рекламу размещенную на рекламной конструкции над входом в медицинское учреждение следующего содержания: **«центр амбулаторного гемодиализа НефроМед выбирая лучшее»**.

Не согласившись с решением комиссии антимонопольного органа ООО «НефроМед» обратилось с соответствующей жалобой в Арбитражный суд Кемеровской области (дело № А27-19698/2019).

Арбитражный суд Кемеровской области в заявленных требованиях отказал и поддержал позицию Кемеровского УФАС России, исходя из следующего:

Как следует из материалов дела, Управлением проведена проверка наружной рекламы, размещаемой на территории г. Кемерово.

По результатам проверки составлен акт № 3 от 27.03.2019, проведена фотосъемка.

Кемеровским УФАС зафиксировано размещение над входом в медицинское учреждение рекламной конструкции следующего содержания: «центр амбулаторного гемодиализа НефроМед выбирая лучшее».

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе реклама - информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Пунктом 1 части 2 статьи 5 Закона о рекламе установлено, что недобросовестной признается реклама, которая содержит некорректные сравнения рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами.

Пунктом 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе установлено, что недостоверной признается реклама, которая содержит не соответствующие действительности сведения о преимуществах рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами.

В соответствии с пунктом 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»» при анализе информации, содержащейся в рекламе, судам необходимо иметь в виду, что рекламодатель несет ответственность за достоверность не только тех сведений, которые относятся к его собственной деятельности (товару), являющейся объектом рекламирования, но и тех сведений, которые относятся к деятельности (товару) его конкурентов, объектом рекламирования не являющейся. Суды должны учитывать, что при сравнении в рекламе собственных товаров с товарами конкурентов не допускаются сравнение, основанное на несопоставимых: критериях, или неполное сравнение товаров, поскольку это искажает представление о рекламируемом товаре и не позволяет объективно оценить его свойства. Поэтому реклама может быть признана недостоверной и в том случае, когда сведения, не соответствующие фактическим обстоятельствам, касаются деятельности (товара) конкурентов**.**

**Информация, содержащаяся в рекламе, должна отвечать критериям достоверности, в том числе в целях формирования у потребителя верного, истинного представления о товаре (услуге), его качестве, потребительских свойствах. В связи с этим использование в рекламе сравнительной характеристики объекта рекламирования с иными товарами, например, путём употребления слов «лучший», «первый», «номер один», должно производиться с указанием конкретного критерия, по которому осуществляется сравнение и который имеет объективное подтверждение. Поэтому реклама, не сопровождаемая таким подтверждением, должна считаться недостоверной как содержащая не соответствующие действительности сведения о преимуществах рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами, изготовленными другими производителями или реализуемыми другими продавцами.**

Использование сведений о преимуществах оказываемых услуг не противоречит законодательству о рекламе, в случае если такое преимущество подтверждено документально.

Вместе с тем используемая в рекламе фраза «выбирай лучшее» создаёт впечатление о преимуществе услуг, оказываемых в медицинском учреждении, таким образом, использование в рекламе неточных высказываний или преувеличений относительно самого рекламодателя может создать у потребителя неверное представление о его статусе, существе оказываемых им услуг и качестве товаров.

Доказательств того, что оказываемое заявителем услуги являются лучившими по тем или иным параметрам суду не представлено.

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 Закона о рекламе объект рекламирования - товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, 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.

В соответствии с пунктами 2 и 5 части 2 статьи 2 Закона о рекламе данный закон не распространяется на информацию, раскрытие или распространение либо доведение до потребителя которой является обязательным в соответствии с федеральным законом, а также на вывески и указатели, не содержащие сведений рекламного характера.

Не является рекламой размещение наименования (коммерческого обозначения) организации в месте ее нахождения, а также иной информации для потребителей непосредственно в месте реализации товара, оказания услуг (например, информации о режиме работы, реализуемом товаре), поскольку размещение такой информации в указанном месте не преследует целей, связанных с рекламой.

К данным сведениям не применяются требования законодательства Российской Федерации о рекламе. Учитывая изложенное, указание на здании в месте нахождения организации ее наименования, в том числе, если такое указание осуществляется с использованием товарного знака или его части, а также профиля деятельности и перечня оказываемых услуг, не может рассматриваться в качестве рекламы, соответственно, на такую информацию не распространяются требования Закона о рекламе.

Суд согласился с выводом Управления о том, что фраза «НефроМед выбирая лучшее», направлена на привлечения внимания неопределенного круга лиц к услугам медицинского учреждения, не является обязательной в соответствии с требованиями действующего законодательства.

Ссылка заявителя на то, что фраза «НефроМед выбирая лучшее» является коммерческим обозначением, отклонена судом, так как в соответствии со статьёй 1538 ГК РФ юридические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность (в том числе некоммерческие организации, которым право на осуществление такой деятельности предоставлено в соответствии с законом их учредительными документами), а также индивидуальные предприниматели могут использовать для индивидуализации принадлежащих им торговых, промышленных и других предприятий (статья 132) коммерческие обозначения, не являющиеся фирменными наименованиями и не подлежащие обязательному включению в учредительные документы и единый государственный реестр юридических лиц.

В соответствии с пунктом 177 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 N 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» исключительное право использования коммерческого обозначения на основании пункта 1 статьи 1539 ГК РФ принадлежит правообладателю, если такое обозначение обладает достаточными различительными признаками и его употребление правообладателем для индивидуализации своего предприятия является известным в пределах определённой территории.

Доказательств известности данного коммерческого наименования на территории Кемеровской области и города Кемерово суду не представлено.

Так же был отклонен довод заявителя о том, что спорная информация направлена на определенный круг лиц, а именно на лиц, которым необходимо провести процедуру гемодиализа. Указанный круг лиц не является заранее ограниченным и, следовательно, определённым. То обстоятельство, что услуга гемодиализа оказывается исключительно по медицинским показаниям, не исключает возможность рекламы соответствующей услуги, так как возможность реализации товара ограниченному кругу лиц не исключает как наличие товарного рынка и так возможность предпринятия усилий по продвижению товара на таком рынке.

Так же суд соглашается с доводом заинтересованного лица о том, что способ размещения рекламы – на фасаде здания, делает рекламную информацию доступной и для лиц, которые непосредственно не заинтересованы в получении услуги для себя, но в такой услуге, например, могут нуждаться члены семьи таких лиц. Указанная позиция нашла своё отражение в Письме ФАС России от 20.06.2018 N АД/45557/18 «Об оценке неопределённого круга лиц в рекламе». На дату принятия решения по делу № 042/05/5-768/2019 - 04.07.2019 обозначение «НефроМед выбирая лучшее» не было зарегистрировано в качестве товарного знака (дата регистрации в качестве товарного знака - 14.08.2019).

**Таким образом, суд пришел к выводу, что, указание в рекламе обозначения «НефроМед выбирая лучшее» является нарушением пункта 1 части 2 статьи 5, пункта 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе.**

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Также не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозванивания, автоматической рассылки) (ч.2 ст.18 Закона о рекламе).

На сайте Кемеровского УФАС России размещена инфографика о способах борьбы со спам звонками, это:

- внесение спам номеров в черный список;

- звонок оператору сотовой связи с обращением о звонивших спам номерах;

- обращение в компанию, услуги которой вам рекламируют по телефону в отсутствии согласия;

- заявление в антимонопольный орган о нарушении законодательства о рекламе.

Заявление в антимонопольный орган может быть подано любым способом, к заявлению в обязательном порядке должно быть представлено согласия гражданина на обработку персональных данных и запись телефонного разговора, так называемого «спам звонка».

**В 2019 году комиссия Кемеровского УФАС России из 25 дел прекратила 8, так как было установлено, что свое согласие на получение рекламы посредством телефонной связи заявители давали.**

Вместе с тем, положениями части 1 статьи 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее - Закон о связи) рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, **однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки**.

Так Арбитражный суд Кемеровской области в ходе судебного разбирательства по делу № А27-22700/2019 отказал в удовлетворении заявленных требований ООО «Аксель-Моторс Север» и указал следующее:

Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

Согласно пункту 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

**При этом доказывать факт получения такого согласия должен рекламораспространитель.**

Из содержания положений статьи 18 Закона о рекламе, статьи 44.1 Закона о связи, пункта 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» следует, что распространение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи допускается при наличии предварительного согласия лица, которому фактически принадлежит телефонный номер (абонент); **простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанных требований.**

Согласно ч. 5 ст. 20 Закона о рекламе реклама, размещенная на транспортных средствах, не должна создавать угрозу безопасности движения, в том числе ограничивать обзор управляющим транспортными средствами лицам и другим участникам движения, и должна соответствовать иным требованиям технических регламентов.

Ч.4 ст. 14.38 КоАП РФ определено, что размещение на транспортном средстве рекламы, создающей угрозу безопасности дорожного движения, в том числе рекламы, ограничивающей обзор лицу, управляющему транспортным средством, и другим участникам дорожного движения, - влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от двухсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

На предыдущем публичном слушании уже сообщалось о результатах судебного дела № А27-14211/2018по иску Индивидуального предпринимателя по обжалованию Постановления Кемеровского УФАС России о назначении ему административного наказания по части 4 статьи 14.38 КоАП РФ, в размере 10 тыс. рублей.

 Суть нарушения выразилась в том, что Индивидуальный предприниматель допустил размещение на автобусе ПАЗ рекламы, создающей угрозу безопасности дорожного движения, ограничивающей обзор другим участникам дорожного движения - пассажирам и ограничивающей способ открывания аварийного выхода в случае аварии.

 Все судебные инстанции подтвердили законность Постановления Кемеровского УФАС России, и окончательная точка поставлена 23.08.2019 Верховный суд Российской Федерации вынес определение об отказе ИП в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации.

 **Соответственно учитывая позиции судов, реклама на транспорте должна размещаться так, чтобы она не создавала угрозу безопасности дорожного движения всем участникам процесса.**