КРАТКИЙ КУРС ЛЕКЦИЙ

по учебной дисциплине
«Рекламное право»

Тема 1 Понятие и источники законодательства о рекламе

§ 1. Законодательство о рекламе в системе российского законодательства

На протяжении последних нескольких лет вопрос о правовом регулировании отношений, возникающих в области рекламы, не сходит со страниц печати, вызывает оживленную полемику. Наиболее острой является проблема определения места законодательства о рекламе в системе российского права. Интересно обсудить ситуацию с местом рекламы в общеправовом классификаторе отраслей законодательства, утвержден ном Указом Президента РФ от 16 декабря 1993 года № 21711. Данный вопрос не является праздным и сугубо теоретическим: от ответа на него зависит постановка и решение многих практических рекламных задач.

Дело в том, что эта проблема вызвала горячие дискуссии в Конституционном Суде Российской Федерации. Суть спора заключалась в возможности принятия субъектами РФ правовых актов по вопросам рекламы. Два субъекта Российской Федерации (Омская область и город Москва) полагали, что, поскольку статья 3 Федерального закона «Орекламе» не предусматривает возможности издания субъектами РФ нормативных актов по вопросам, урегулированным этим Законом, названная статья не соответствует Конституции России.

При этом названные субъекты Российской Федерации подводили под свое нормотворчество по вопросам рекламы разные правовые основания. Так, например, Законодательное собрание Омской области исходило из того, что законодательство о рекламе относится к законодатель ству о культуре (как это было определено общеправовым классифика тором отраслей законодательства, утвержденным Указом Президента РФ от 16 декабря 1993 г. № 21712), и поэтому в силу статьи 72 (п.«е» ч.1) Конституции России является предметом совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов. Следовательно, в сфере отношений, урегулированных Федеральным законом «О рекламе», субъекты Российской Федерации могут принимать собственные законодательные акты3.

Московская городская дума исходила из того, что законодательство о рекламе не упомянуто ни в статье 71 Конституции России (предметы ведения Российской Федерации), ни в статье 72 (предметы совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов), и, следовательно, рекламная деятельность может регулироваться нормативными актами субъектов Российской Федерации. Поскольку статья 3 Федерального закона «О рекламе» не предусматривает возможности издания субъектами Российской Федерации нормативных актов по вопросам, урегулированным этим Законом, делался вывод, что названная статья не соответствует Конституции России.

Конец дискуссиям положил Конституционный Суд Российской Федерации, признав статью 3 Федерального закона «О рекламе» соответствующей Конституции Российской Федерации. Логика решения заключалась в признании отношений, возникающих в процессе рекламы, гражданско-правовыми, а следовательно, не относящимися к ведению субъектов Российской Федерации, которые, соответственно, не вправе осуществлять свое собственное регулирование в этой сфере.

Вместе с тем было отмечено, что рекламная деятельность является объектом комплексного нормативного правового регулирования. Если те или иные вопросы рекламы выходят за рамки гражданско-правовых отношений, не относятся к основам единого рынка, т. е. не являются предметом ведения Российской Федерации, субъекты Федерации могут осуществлять их законодательное регулирование в рамках, определенных Конституцией России. Так, например, органы местного самоуправления вправе самостоятельно решать вопросы местного значения, связанные с особенностями распространения наружной рекламы, поскольку они затрагивают правомочия пользования, владения и распоряжения муниципальной собственностью 5.

Как известно, постановление Конституционного Суда является окончательным, не подлежит обжалованию и действует непосредственно. Так говорится в статье 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской

Федерации». Однако это не исключает обсуждения и критики постановлений Конституционного Суда, что вскоре и последовало.
Самое удивительное заключается в том, что каждая из заинтересованных сторон восприняла позицию Конституционного Суда как собственную победу. Министерство по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства как федеральная структура с удовлетворением узнало о конституционности федерального закона, принятие которого активно инициировало и лоббировало. Представители регионов, хоть и не отстояв собственные юридические позиции, получили в качестве своеобразной компенсации признание комплексности законодательства о рекламе.
Таким образом, можно сделать вывод о том, что противостояние федеральной и региональной властей в области законодательства о рекламе не завершено. Очевидно, что новых судебных разбирательств по этому вопросу не избежать.
Сложность вопроса подчеркивает и особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации В.Д. Зорькина, полагающе го, что статья 3 Федерального закона «О рекламе» не соответствует Конституции России6. Не вдаваясь сейчас в юридические тонкости позиции этого судьи, можно констатировать, что единства мнений в Конституционном Суде не было.
Небезынтересным фактом является также то обстоятельство, что незадолго до рассмотрения дела в Конституционном Суде с оценкой законодательства о рекламе столкнулся Верховный Суд Российской Федерации. Рассматривая дело, связанное с принятием Белгородской областной думой 13 сентября 1995 года Закона «О регулировании распространения и рекламе эротической продукции на территории Белгородской области», Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации отметила в своем определении: «Белгородская областная дума в соответствии со статьей 72 Конституции Российской Федерации имела право принять Закон». При этом было указано на несоответствие размера штрафа, установленного в законе Белгородской думы, размеру штрафа, установленного Кодексом об административных правонарушениях 7. Данный случай, по нашему мнению, говорит прежде всего о неоднозначности оценки законодательства о рекламе разными судебными органами Российской Федерации (причем высшими судебными органами) и лишний раз подчеркивает сложность вопроса о месте законодательства о рекламе в системе существующих отраслей.
Некоторыми специалистами осталась непонятой позиция Конституционного Суда по отношению к общеправовому классификатору отраслей законодательства. В частности, Ю.Я. Вольдман, автор единствен ного в своем роде постатейного комментария к Закону «О рекламе», полагает, что недопустимо Конституционному Суду относить одни и те же нормативные акты к одной отрасли права, а общеправовому классификатору — к другой. Указанный автор прямо пишет, что «непонятно, почему Конституционный Суд считает недопустимой ссылку на Классификатор только потому, что он подготовлен в целях унификации формирования эталонных банков данных правовой информации. Разве в этом случае он может быть юридически безграмотным?»
Нами не разделяется эта позиция. Мы полагаем, что использова ние общеправового классификатора в качестве определения критериев отнесения правовых вопросов к той или иной отрасли законодательства является недопустимым. При этом мы, конечно, не отрицаем унифицирующей роли классификатора в деле поиска правовой информации. И дело здесь не в юридической грамотности или безграмот ности той или иной редакции классификатора, а в понимании его значения в деле облегчения нахождения нужной правовой информации в море существующих нормативных актов. Это своеобразный правовой лоцман, и он, конечно, может быть и безграмотным. В этом смысле мы хотим лишь подчеркнуть возможную неидеальность классификатора, не вдаваясь в оценку его редакции середины девяностых годов.
Классификатор постоянно актуализируется, и это даже видно в его редакции на момент рассмотрения вышеупомянутого дела в Конституционном Суде в 1997 году. В этой редакции реклама отнесена к законодательству по общим вопросам хозяйственной деятельности. Имеет ли такая позиция рекламы в классификаторе какое-то отношение к решению правовых споров о природе отношений, возникающих в процессе производства, размещения и распространения рекламы на рынках товаров, работ и услуг Российской Федерации? Мы полагаем, что нет. Более того, мы считаем, что в принципе такая позиция этого определять и не может (ни в настоящем, ни в будущем). Это необходимо лишь в целях унификации формирования эталонных банков данных, при автоматизированном обмене правовой информации, но никак не в качестве высшего судьи в споре.

Таким образом, мы согласны с Конституционным Судом в том, что судебное постановление не может и не должно всецело зависеть от классификатора отраслей законодательства. Является ли правильной обратная постановка вопроса — должен ли классификатор всецело зависеть от выносимых судебных постановлений? Мы полагаем, что нет. Мы не считаем, что классификатор должен лишь механически отслеживать «руководящие и направляющие» разъяснения высших судебных инстанций, хотя учитывать, конечно, в определенной степени должен.

В нашем конкретном случае это означает, что мы не считаем, что после состоявшегося рассмотрения вышеупомянутого дела в Конституционном Суде законодательство о рекламе должно быть отнесено к гражданскому законодательству. Часть отношений, возникающих в сфере рекламы, по своей природе является гражданско-правовыми, но вместе с тем существуют отношения в сфере рекламы, далеко выходящие за рамки гражданско-правовых. Как в этом случае быть с ними? Другими словами, как быть с рекламной деятельностью в целом, если она является объектом комплексного правового регулирования? (Сэтим выводом Конституционного Суда мы полностью согласны, не оспаривает его в своем особом мнении и судья В.Д. Зорькин.)

Прежде чем высказать наши соображения по этому вопросу, считаем необходимым разобраться с исходным понятием этого разговора— термином «законодательство о рекламе». Без этого любая дискуссия на названную тему не может быть корректной и результативной.

Думается, что законодательство о рекламе можно рассматривать в узком и широком смысле слова. В узком смысле слова законодатель ство о рекламе состоит из федеральных законов, прямо и непосредственно регулирующих отношения, которые возникают в процессе производства, размещения и распространения рекламы. Они принимаются во исполнение Федерального закона «О рекламе» и имеют целью конкретизировать отдельные его общие нормы, механизм их реализации, а также выработать особые правила рекламирования для отдельных видов товаров (работ, услуг) или видов деятельности, имеющих свою специфику, которая не может быть в достаточной степени учтена в базовом Законе «О рекламе».

Специализированность данного нормативного материала, регулирующего отношения в области рекламы, дает основания для отнесения его к системе собственно законодательства о рекламе в смысле классификатора отраслей законодательства. В этом смысле законодательство Российской Федерации о рекламе состоит из Федерального закона «О рекламе» и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов. Сюда следует относить отдельные положения федеральных законов «О рынке ценных бумаг», «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта и алкогольной продукции» и некоторых других, посвященных рекламе.

Обратимся теперь к пониманию законодательства о рекламе в широком смысле этого слова. По нашему мнению, сюда следует отнести нормативные правовые акты, содержащие общие положения, регулирую щие рекламную деятельность как вид предпринимательской деятельно сти. Установление каких-либо конкретных детализированных запретов на рекламирование отдельных видов товаров (работ, услуг) или видов деятельности обычно не является целью указанных правовых актов. Их главная задача — регулировать не только отношения, возникающие в области рекламы, а главным образом — отношения, не связанные с рекламой. Указанное обстоятельство, а также то, что некоторые из них содержат отсылочные (к законодательству о рекламе) нормы, не позволяет рассматривать их в качестве составной части законодательства о рекламе по смыслу статьи 3 Федерального закона «О рекламе».

Вместе с тем, эти акты играют большую роль в регулировании отношений, возникающих в процессе производства, размещения и распространения рекламы. В качестве примеров можно привести Гражданский кодекс Российской Федерации (например, статьи 437 и 494), Уголовный кодекс РФ (статья 182), законы РФ «О защите прав потребителей», «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», «Об авторском праве и смежных правах», «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» и некоторые другие.

Все эти акты занимают свое собственное место в общеправовом классификаторе отраслей законодательства, хотя их и можно отнести к законодательству о рекламе в широком смысле слова. Сюда же будут относиться и некоторые нормы законодательства о налогах и средствах массовой информации, затрагивающие

заодно и рекламную деятельность. Кроме того, в качестве примеров актов, входящих в систему законодательства о рекламе в широком смысле этого понятия, можно привести Указы Президента РФ, нормативные правовые акты Правительства РФ, федеральных органов исполнительной власти, субъектов РФ, муниципальных образований. Это, например, Указ Президента РФ «О защите потребителей от недобросовестной рекламы», многочисленные акты Министерства РФ по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства.

Проведенный анализ позволяет говорить о наличии двух больших групп правовых актов федерального законодательства, которые могут быть отнесены к законодательству о рекламе. При этом следует понимать, что для целей общеправового классификатора отраслей законодательства только первая группа может именоваться собственно законодательством о рекламе.

Правовые нормы, составляющие систему законодательства о рекламе, устанавливая определенные ограничения рекламирования отдельных видов товаров (работ, услуг), должны обеспечивать реализацию идей и задач Федерального закона «О рекламе» и соответствовать его положениям. Однако не всегда данный принцип находит свое отражение в правовых актах, регулирующих правоотношения в области рекламы, анализ которых позволил выявить ряд недостатков в их содержании и юридической конструкции. В качестве примера возьмем приказ МВД России от 14 сентября 1995года № 1/4377 «О реализации Закона Российской Федерации "Орекламе "». Здесь необходимо пояснить, что Федеральным законом РФ «Орекламе» (статьи 14 и 15) на Государственную автомобильную инспекцию (теперь ГИБДД) возложены функции контроля за распространением наружной рекламы и рекламы на транспортных средствах. Этим и объясняется обращение такого ведомства, как МВД, к вопросам рекламы.

Предусмотренное законом согласование с ГИБДД размещения наружной рекламы в этом приказе ошибочно упоминается как выдача ГИБДД «разрешений на размещение наружной рекламы». Думается, что отчасти этим объясняется тот факт, что некоторые органы ГИБДД взимают плату за выдачу таких разрешений 9, по сути незаконно зарабатывая таким образом на рекламе. По закону это находится в ведении органов местного самоуправления. Отсюда возникает необходимость уточнить приказ МВД России от 14 сентября 1995 года, заменив упоминаемое в нем «разрешение» ГИБДД на размещение наружной рекламы на «согласование», как это предусмотрено в Законе «О рекламе».

Справедливости ради надо отметить, что в упомянутом приказе МВД России органам ГИБДД предлагается войти в органы государственной власти субъектов Российской Федерации с предложениями о выделении для ГИБДД части средств из местного бюджета с целью компенсации расходов на выполнение данной контрольно-надзорной деятельности.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что ГИБДД не вправе самостоятельно заниматься взиманием платы за согласование наружной рекламы, а все, что она может, это добиваться бюджетных денег на компенсацию своих расходов в этой связи. Следовательно, юридическая техника в сфере законодательства о рекламе пока еще далека от совершенства 10. В этой связи хотелось бы коснуться некоторых технико-юридических дефектов ведомственной правовой основы осуществления территориальным управлением МАП России государственного контроля за соблюдением законодательства о рекламе11 .

1 марта 2000 года в «Российской газете» опубликован важный, практически значимый и отличающийся существенной новизной ведомственный нормативно-правовой акт — приказ Министерства Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства от 17 ноября 1999 года № 441 «Об утверждении Положения о территориальном управлении МАП России»12 . Приказом установлено наименование и количество этого вида государственных контролирующих органов.

В России образовано 70 территориальных управлений МАП, что само по себе представляет значительную властно-организационную силу. Территориальное управление действует на территории одного или нескольких субъектов Российской Федерации (например, территориаль ное управление по Волгоградской области и Республике Калмыкии, территориальное управление по Орловской и Белгородской областям).

Одной из основных задач территориального управления МАП России является, согласно статье 3 Приказа, осуществление государственного контроля за соблюдением федерального законодательства о рекламе.

Ведущими функциями территориального управления МАП России в этой сфере являются: а) обобщение опыта применения законодательства о рекламе; б) выработка и направление предложений о его совершенствовании: в) рассмотрение фактов нарушений законодательства о рекламе; г) предупреждение и пресечение фактов ненадлежащей рекламы, допущенных юридическими и физическими лицами.
Для реализации обозначенных функций территориальное управление МАП России вправе:
— давать обязательные для исполнения предписания в случаях и порядке, предусмотренных законодательством Российской Федерации, рекламодателям, рекламораспространителям и рекламопроизводителям;
— в установленном порядке рассматривать дела об административ ных правонарушениях, налагать штрафы и административные взыскания на рекламодателей, рекламопроизводителей и рекламораспрост ранителей за неисполнение в срок предписаний о прекращении нарушений законодательства Российской Федерации о рекламе и решений об осуществлении контррекламы;
— предъявлять иски в суды, арбитражные суды, в том числе в интересах неопределенного круга потребителей рекламы, в связи с нарушением рекламодателями, рекламопроизводителями, рекламораспро странителями законодательства Российской Федерации о рекламе и о признании недействительными сделок, связанных с ненадлежащей рекламой;
— направлять материалы о нарушениях законодательства Российской Федерации о рекламе в органы, выдавшие лицензию на осуществление соответствующего вида деятельности, для решения вопроса о приостановлении ее действия или об отзыве лицензии;
— направлять в соответствующие правоохранительные органы и органы прокуратуры материалы для решения вопроса о возбуждении уголовных дел по признакам преступлений, связанных с нарушением законодательства о рекламе.
Все эти функции и полномочия территориального управления МАП России нами были «вычленены» из статей 4 и 5 анализируемого новейшего ведомственного акта. В Приказе они стоят в одном ряду с задачами, функциями и полномочиями этого органа в сферах: а) предупреждения , ограничения и пресечения монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции; б) содействия формирова нию рыночных отношений на основе развития конкуренции и предпринимательства; в) осуществления контроля за выполнением решений МАП России по государственному регулированию деятельности субъектов естественных монополий.
Формально-юридический анализ содержания и формы Приказа показывает, что вряд ли это оправданная правовая позиция.
Во-первых, осуществление государственного контроля территори ального управления МАП России за соблюдением законодательства РФ о рекламе оказывается на фоне иных видов контрольной деятельности «затененным», второстепенным. И, действительно, после детального описания компетенции территориального управления МАП России в области государственной поддержки предпринимательства, пресечения монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, регулирования деятельности субъектов естественных монополий, «вкрапления» о рекламе выглядят малозначительными, несущественными, декоративными. Это абсолютно не соответствует роли рекламной деятельности в развитии предпринимательства современной России. Полагаем, что требуется иное технико-юридическое решение этой проблемы. Можно предложить два варианта более качественной правовой регламентации. Один из них (относительно простой) заключается в том, чтобы в Приказе был выделен самостоятельный крупный раздел о компетенции территориального управления МАП России в сфере осуществления государственного контроля за соблюдением законодательства РФ о рекламе.
Второй (более сложный и, пожалуй, более предпочтительный) вариант состоит в том, чтобы подготовить и принять отдельную Инструкцию о контрольной компетенции этого органа в сфере действия законодательства о рекламе. Кроме вышеперечисленных правовых возможностей территориального управления МАП России, надо более тщательно «выписать» формы и методы его контролирующей деятельности, порядок документирования, способы согласования интересов рекламодателей, рекламопроизводителей и рекламораспространителей. И самое главное — в предлагаемой Инструкции должна быть глава или хотя бы развернутая статья о юридических обязанностях и правовой ответственности этого органа за

результаты своей деятельности. Ванализируемом Приказе относительно этих институтов ничего не говорится, т. е. зияет пробел.
Вряд ли надо доказывать, сколь важно детальное описание контрольных юридических обязанностей территориального управления МАП России и установление реальной правовой ответственности их за конечные результаты своей деятельности. Дело не только в том, что установление юридической ответственности органов государственной власти (как и государства в целом) перед гражданами — неотъемлемый элемент правового государства. Гораздо важнее то обстоятельство, что нормативное существование такой ответственности может выступить действенной гарантией законности в рассматриваемой сфере.
Знание того, что при неосновательном причинении материального либо морального ущерба субъектам рекламной деятельности может наступить юридическая ответственность, без сомнения, выступит серьезным «стопором» для многих территориальных управлений МАП России.
Во-вторых, многие управленческие функции, которыми Приказ наделяет территориальное управление МАП России применительно к государственной поддержке предпринимательства, к защите прав потребителей, могут и должны распространяться на сферу действия рекламы. Буквальное толкование содержания Приказа не позволяет этого делать. Между тем не приходится сомневаться, например, в том, что территориальное управление МАП России в состоянии и даже должно давать рекомендации органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органам местного самоуправления по организации рекламной деятельности. Пункт 3 статьи 4 Приказа не предостав ляет возможности принятия такого рода рекомендации.
Пункт 5 статьи 4 Приказа предусматривает, что территориальное управление МАП России согласовывает акты и решения органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления по вопросам создания, реорганизации и ликвидации хозяйствующих субъектов (в случаях, предусмотренных антимонопольным законодательством Российской Федерации), а также предоставления льгот отдельному хозяйствующему субъекту или нескольким хозяйствующим субъектам, если иное не предусмотрено Конституцией Российской Федерации, федеральными конституцион ными законами, федеральными законами Российской Федерации.
Думается, не менее важно разрешить территориальному управлению МАП России подобное согласование правовых актов по вопросам создания, реорганизации и ликвидации рекламных агентств. Более того, число этих вопросов должно быть значительно расширено. Территори альное управление МАП России не может оставить без внимания деятельность зарубежных рекламных фирм. По крайней мере, к функциям этого органа желательно отнести привлечение иностранных инвестиций в развитие российской рекламы, расширение отечественной рекламной деятельности по заказам зарубежных производителей 13.
Точно так же территориальное управление МАП России не может стоять в стороне от развития системы подготовки кадров рекламного дела. Поэтому требует соответствующего дополнения пункт 9 статьи 4 Приказа о содействии территориальных управлений МАП России развитию системы подготовки кадров для малого предпринимательства.
Целесообразно поручить территориальному управлению МАП России в пределах своей компетенции осуществлять контроль за соблюдением условий договоров, заключаемых субъектами рекламной деятельности. Вряд ли территориальное управление МАП России сможет обойтись без анализа и прогнозирования состояния рекламного рынка, и потому этот вид творчески-организационной деятельности должен быть включен в число его функций.
В-третьих, необходима существенная корректировка пункта 14 статьи 5 Приказа. Он регламентирует право территориального управления МАП России «заключать с рекламодателями, рекламопроизводителя ми и рекламораспространителями соглашения о соблюдении ими правил и обычаев рекламной практики». Это нужное, но недостаточное требование. Субъекты рекламной деятельности не могут «вариться» лишь в сфере собственной рекламной практики. Известно, что нынешняя рекламная деятельность зачастую бескультурна, пронизана пошлостью, содержит элементы инвективной (бранной) лексики. Иногда рекламодатели идут на прямой обман потребителей. Так, надпись на этикетке бутылок с мордовской водкой «Беспохмельная» гласит: «Содержащиеся в водке добавки благотворно влияют на сердечно-сосудис тую систему, а специальная добавка «Алкософт» значительно снижает похмельный синдром и снимает усталость» 14. Согласно

статье 16 Закона о рекламе утверждения о положительном терапевтическом эффекте употребления алкогольных напитков недопустимы. И поэтому вполне оправданно Мордовское территориальное управление МАП России наложило на АО «Мордовспирт» штраф и рекомендовало изменить текст рекламной информации.
При правильном подходе (и это желательно отразить в пункте 14 статьи5 Приказа) реклама может и должна быть важным ценностным «каналом» восстановления, сохранения, развития и распространения культурных традиции России. Посредством рекламы можно показать «проявить» практически все духовные российские традиции. Другое дело, что одни традиции легче «поддаются» рекламному позиционированию, а другие — труднее. Но это уже проблемы юридической технологии. Речь идет о том, что территориальные управления МАП России имеют право заключать с субъектами рекламной деятельности соглашения о соблюдении ими не только правил существующей рекламной практики, но и об учете ими культурных традиций и обычаев региона и России.
В четвертых, в уточнении нуждается пункт 12 статьи 5 Приказа, который гласит, что территориальное управление МАП России вправе «направлять в соответствующие правоохранительные органы и органы прокуратуры материалы для решения вопроса о возбуждении уголовных дел по признакам преступлений, связанных с нарушением... законодательства о рекламе».
Не вполне уместно богатейшую «палитру» юридических конфликтов в этой сфере направлять лишь в уголовно-правовое «русло». Нельзя «сбрасывать со счетов» цивилистические средства, систему третейских судов и т. п. Территориальное управление МАП России вправе обратиться в любой компетентный орган, способный в разумный срок, экономично разрешить спор либо дело по существу. Кстати, неясен начальный грамматический оборот пункта 12 статьи 5 Приказа — «правоохранительные органы «и» органы прокуратуры». Прокуратура традиционно входит в правоохранительную систему15 , и давать в ведомственном акте иную трактовку вряд ли правильно. Законодательной дефиниции понятия «правоохранительный орган» пока нет. Втягивать юридическую обществен ность в дискуссию по этому поводу оснований нет. Скорее всего, этот неудачный оборот является следствием недосмотра или небрежности разработчиков документа, и остается сожалеть, что Минюст России 9февраля 2000 года зарегистрировал эту редакцию приказа.
Хочется надеяться, что это явление временное и в дальнейшем ситуация будет меняться в лучшую сторону. В этой связи следует исключить использование правовых понятий, не соответствующих Закону «О рекламе». Это создает проблемы в практической деятельности, делая ее весьма затруднительной. Необходима также унификация понятийного аппарата норм законодательства о рекламе.

§ 2. Правовая природа законодательства о рекламе

Предложенные авторами выше рассуждения об уточнении понятия законодательства о рекламе позволяют подойти к следующей проблеме — выяснению его правовой природы.
Законодательство о рекламе — это очень молодое законодательство. «Плацдарм» для его развития был создан Федеральным законом «Орекламе» в 1995 году, хотя отдельные попытки регулировать рекламную деятельность были и ранее. С тех пор приняты многочисленные нормативные правовые акты. В имеющихся работах данный массив актов характеризуется по-разному: «отрасль права», «отрасль законодательства», «комплексный правовой институт», «рекламное право». Несогласованность в наименованиях за последние годы полностью не устранена. Поэтому мы считаем необходимым обозначить нашу позицию по этому вопросу.
Использование характеристики «рекламное право» для данного массива нормативных правовых актов является, пожалуй, самым удачным и оправданным. В теории права сформулированы четкие критерии, позволяющие рассматривать тот или иной массив актов в качестве отрасли права16. Обычно термин «отрасль права» используется для обозначения сложившейся системы норм, характеризующихся единством предмета правового регулирования. Отрасль права объединяет ряд правовых институтов, для нее характерно наличие ряда базовых законов как актов высшей юридической силы, выделение фундаментальных принципов, разделение на общую и особенную части. Кроме того, для большинства отраслей права характерно наличие кодифицированных актов, развитого

процессуально-процедурного механизма их применения, а также специфического метода правового регулирования 17.
Критерии выделения некоторого законодательного массива в самостоятельную отрасль права были сформулированы в теории права в разное время. Так, В.К. Райхер предложил следующую систему признаков: совокупность норм должна быть адекватна определенному специфическому кругу общественных отношений, иметь самостоятель ный и единый предмет регулирования; регулируемый специфический объект должен обладать достаточно крупной общественной значимостью; образующий такую совокупность нормативно-правовой материал должен отличаться достаточно обширным объемом18 .
Мы полагаем, что рекламное право не обладает всеми признаками отрасли права, в частности, не имеет «критической массы» актов, самостоятельных четко оформившихся принципов и т. д. Но для учебных целей это понятие вполне приемлемо. Более того, мы в значительной мере солидарны с позицией тех ученых, которые склонны для практических и дидактических целей сознательно отождествлять понятия «рекламное право» и «рекламное законодательство».
По мнению О.Б. Кузнецовой, группа нормативных правовых актов, регулирующих отношения в области рекламы, удовлетворяет всем признакам, присущим отрасли законодательства. Так, имеются самостоятельный, обособленный предмет регулирования — отношения, возникающие в области рекламы, особый метод регулирования (специфика которого определяется, в том числе, наличием императивных отношений между субъектами рекламной деятельности и антимонопольными органами), а также объективно обусловленный интерес государства в самостоятельном регулировании данного комплекса общественных отношений, выразившийся в принятии систематизирую щего, т. е. обобщающего ранее действующие разрозненные нормы в области рекламы, акта — Федерального закона «О рекламе». Присущие законодательству о рекламе предмет и метод правового регулирования носят комплексный характер. В связи с этим возникающие в области рекламы отношения регулируются нормами как частного, так и публичного права. Метод правового регулирования также неоднороден, поскольку защита интересов субъектов правоотношений, возникающих в области рекламы, может осуществляться гражданско-право выми и административно-правовыми мерами19.
Обычно под отраслью законодательства понимается массив нормативных актов в определенной сфере, не достигший уровня отрасли права, хотя и обладающий определенной степенью единства и достаточно большим числом нормативных актов, входящих в него20. Мы полагаем, что законодательство о рекламе не дотягивает до отрасли законодательства именно по количеству нормативных актов, входящих в него, а потому может расцениваться сегодня лишь как подотрасль информационного законодательства. При этом мы не отрицаем возможности перерастания данного массива в подлинную отрасль законодательства со всеми ее атрибутами (тем более, что некоторые из этих атрибутов уже имеются). Правда, следует принимать во внимание объективный темп развития законодательной и иной правотворческой деятельности в области рекламы, не характеризующийся высокой скоростью и степенью постоянства.
Достаточно обратиться к истории обсуждения Федерального закона «О рекламе» и поправок к нему в Государственной Думе. В этом плане интересно отметить, что первый законопроект готовился в комитете по связи и информационной политике 21 (правда, был принят вариант, предложенный Антимонопольным комитетом), затем законодательная работа велась в комитетах по культуре 22, экономической политике 23 и даже охране здоровья 24 (правда, в последнем случае совместно с комитетом по экономической политике). Было даже высказано предположение о том, что Государственная Дума пользуется общеправовым классификатором отраслей законодательства в своей законотворческой работе25.
Что касается собственно прогресса в законотворческой работе, то, по нашему мнению, он не очень велик. Копья продолжают ломаться, главным образом, вокруг понятия рекламы (ее определения в тексте закона). Для этого достаточно сравнить сегодняшние публикации и публикации начала 1997 года26, когда был снят своеобразный мораторий на изменение Федерального закона «О рекламе», действовавший до конца 1996 года. Они не сильно различаются. Споры носят высокотеоретический характер, в них нет попытки последовательно выстроить законодательство о рекламе. Это скорее попытки рекламной индустрии отстоять минимальность вмешательства государства в рекламную деятельность, мороча голову спором о понятиях и улучшении юридической техники (хотя спором и не

совсем бесполезным). Энергии в инициировании новых законодательных работ по регулирова нию отдельных видов рекламной деятельности не очень много (даже со стороны федерального антимонопольного органа, который, по-видимому, в основном удовлетворен состоянием законодательства и занимает, если так можно выразиться, несколько консервативно-скеп тическую позицию по отношению к предложениям рекламной индустрии). В этой связи нам представляется, что законодательству о рекламе нельзя отводить лишь роль подотрасли информационного законодательства. Однако подчеркнем еще раз, это никак не может повлиять на наименование учебной дисциплины — рекламное право.

Вряд ли верно, как это делает Д.В. Огородов, рассматривать отношения по поводу рекламы лишь в качестве «частного случая «информационных отношений», подлежащих правовому упорядочению соответствующими нормами» 27.

Правовая позиция Д.В. Огородова непонятна и потому, что он будто бы разделяет содержание уже упоминавшегося постановления Конституционного Суда РФ от 4 марта 1997 года «По делу о проверке конституционности статьи 3 Федерального закона "О рекламе"» от 18июля 1995 года28.

В постановлении Конституционного Суда РФ констатируется: «Правовые отношения по производству, размещению и распространению рекламы являются по своей природе гражданско-правовыми и в соответствии со статьей 2 ГК РФ должны регулироваться гражданским законодательством». Однако далее Конституционный Суд РФ указал: «Вместе с тем рекламная деятельность является объектом комплексного нормативного правового регулирования (выделено авторами)». Более того, судья В.Д. Зорькин в особом мнении отметил: «Отношения, возникающие в ходе производства, размещения и распространения рекламы (рекламной информации), являются объектом комплексного правового регулирования, т. е. могут регулироваться различными видами законодательства (гражданского, административного, уголовного, финансового и др.), и относятся к различным предметам ведения Российской Федерации и ее субъектов (защита прав и свобод человека и гражданина, информация и связь, общественный порядок, охрана здоровья и т. д.)».

Рекламное право — обширная, иерархически выстроенная, динамичная комплексная отрасль действующего российского законодатель ства29. Один из ее крупных элементов входит в информационное законодательство. Рекламная деятельность — предмет уголовно-правового и административно-правового регулирования, о чем в настоящей работе далее пойдет речь.

Весьма редко в литературе обращается внимание на регулирование рекламной деятельности налоговым законодательством . 28 декабря 2001 года Федеральным законом РФ № 179-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в статьи 149 и 164 части второй Налогового кодекса Российской Федерации» 30 в это регулирование внесены существенные новеллы.

Законодатель пункт 2 статьи 164 второй части Налогового Кодекса Российской Федерации дополнил подпунктами 3 и 4. Теперь налогообложение производится по налоговой ставке 10 процентов и при реализации «периодических печатных изданий, за исключением периодических печатных изданий рекламного характера», «услуг по размещению рекламы и информационных сообщений в периодических печатных изданиях, которые указаны в абзаце первом настоящего подпункта».

Немалое регулятивное значение имеют и две количественные законодательные дефиниции, содержащиеся в этом дополнении. Дефиниции гласят: «В целях настоящего подпункта под периодическим печатным изданием понимается газета, журнал, альманах, бюллетень, иное издание, имеющее постоянное название, текущий номер и выходящее в свет не реже одного раза в год.

В целях настоящего подпункта к периодическим печатным изданиям рекламного характера относятся периодические печатные издания, в которых реклама превышает 40 процентов объема одного номера периодического печатного издания».

§ 3. Рекламное право как учебная дисциплина

Выяснение места интересующего нас правового массива в системе российского законодательства и юридического образования — архиважная во всех отношениях проблема.

Определим прежде всего место законодательства о рекламе в классификаторе отраслей законодательства или, как это называется сегодня, в классификаторе

правовых актов. Напомним, что ранее реклама относилась к законодательству о культуре, а также к законодательству по общим вопросам хозяйственной деятельности. На сегодняшний день рекламе Указом Президента РФ № 511 от 15 марта 2000 года31 отведено место в законодательстве об информации и информатизации.

Как следует оценивать такую эволюцию законодательства о рекламе в общеправовом классификаторе? По нашему мнению, это очевидный прогресс. Не следует забывать о том, что понятие рекламы определяется в законодательстве через термин «информация». Отсюда, по нашему мнению, можно сделать вывод о природной принадлежности рекламы законодательству об информации и информатизации. Такая точка зрения поддерживается и специалистами в области информаци онных ресурсов 32.

Мы полагаем, что последняя редакция классификатора правовых актов в отношении рекламы имеет перспективу, так как в ней реклама будет рассматриваться в одном контексте с общим процессом информатизации, а значит, существует большая вероятность уточнения законодательства о рекламе синхронно с развитием научно-техническо го прогресса. Стремительное развитие Интернета уже начинает ставить правовые задачки законодателям (и не только российским). Многие из этих юридических проблем в косвенной форме можно обнаружить при изучении первого в России издания, детально освещающего вопросы интернет-рекламы 33.

Представляется, что неизбежное совершенствование технологий воздействия на потребителя, обусловленное именно процессами, происходящими в области информации и информатизации, должно влечь за собой и изменения в законодательстве о рекламе. Таким образом, текущая позиция рекламы в общеправовом классификаторе наилучшим образом, по нашему мнению, гарантирует интересы потребите лей. Думаем, что это должно вполне устроить и представителей рекламной индустрии, а также контролирующие органы.

Что же касается других отраслей законодательства (гражданского, административного, уголовного, налогового, финансового и др.), которые также применимы к рекламе, то они будут развиваться по своей собственной логике. По нашему мнению, здесь не предвидится резких качественных или количественных скачков применительно к рекламной деятельности. Скорее, речь пойдет об учете в законодательстве результатов исследований, связанных с влиянием тех или иных средств рекламы на потребителя (сколько раз и что можно прерывать; какие оговорки и предупреждения надо делать; где и что можно размещать; какие технологии нельзя использовать; как корректно сравнивать товары; результаты каких тестов допустимы и т. п.).

Таким образом, понятие рекламного права многозначно. Этим термином иногда обозначают отрасль права, что, может быть, не совсем юридически корректно. Это понятие также используют, имея в виду законодательство о рекламе, т. е. совокупность законов и иных нормативных (и даже интерпретационных) актов, регулирующих отношения, возникающие в процессе производства, размещения и распространения рекламы. Нам представляется это допустимым, если имеется в виду не самостоятельная отрасль законодательства, а подотрасль информационного законодательства. Наименование «рекламное право» здесь уместно не только в целях краткости и емкости названия, но и для повышения престижа, имиджа учебной дисциплины.

Термином «рекламное право» называют также учебную дисциплину — курс рекламного права. Он представляет собой систематизиро ванную информацию о правовом регулировании рекламной деятельности не только как о совокупности норм, но, прежде всего, как о науке, ее основных постулатах и категориях. Курс рекламного права содержит обобщенные и систематизированные сведения о правовых явлениях в области рекламы, а его изучение позволяет понимать не только содержание, но и смысл правового регулирования, грамотно оценивать и анализировать достоинства и недостатки действующей правовой регламентации. Такой курс целесообразен в качестве самостоятельной учебной дисциплины в юридических вузах, готовящих современных специалистов.

Примечания

1. См.: Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации.— 1993. — № 51. — Ст. 4936.
2. См.: Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации.— 1993. — № 51. — Ст. 4936; 1995. — № 1. — Ст. 46; 1996. — №7. — Ст. 679.
3. См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 4марта 1997 года «По делу о проверке конституционности статьи 3 Федерального закона от 18 июля 1995 года "О рекламе"» // Собрание законодательства Российской Федерации. — 1997. — № 11. — Ст. 1372.
4. См. там же.
5. См. там же.
6. См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 4марта 1997 года «По делу о проверке конституционности статьи 3 Федерального закона от 18 июля 1995 года "О рекламе"» // Собрание законодательства Российской Федерации. — 1997. — № 11. — Ст. 1372.
7. См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. — 1996. — № 5. — С.
8. Вольдман Ю.Я. Комментарий Закона Российской Федерации «О рекламе».— М., 1998. — С. 31.
9. См. там же. — С. 58.
10. Более подробно о юридической технике в области законодательства о рекламе см.: Баранова М.В. Культура и техника законодательства в сфере рекламы / М.В. Баранова, Ю.В. Черячукин // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2000. — С. 532—538.
11. Подробнее см.: Баранова М.В. Ведомственная правовая основа осуществления территориальным управлением МАП России государственного контроля за соблюдением законодательства о рекламе: технико-юридические дефекты и пути повышения качества // Актуальные проблемы юриспруденции: Сборник научных трудов. — Владимир, 2000. — С. 49—54.
12. Российская газета. — 2000. — 1 марта. Далее — Приказ.
13. См.: Баранова М.В. Реклама как феномен культуры: Автореф. дис... канд. культурологии. — Н. Новгород, 2000. — С. 9.
14. Известия. — 2000. — 11 февраля.
15. См.: Гуценко К.Ф. Правоохранительные органы: Учебник для вузов / К.Ф. Гуценко, М.А. Ковалев. — М., 1997. — С. 12—19; Иванов В.Д. Правоохрани тельные органы и судебная система в Российской Федерации / В.Д. Иванов, П.В. Иванов, В.Г. Макушенко. — М., 1999. — С. 49—67; Правоохранительные органы Российской Федерации / Под ред. В.П. Божьева. — М., 1999. — С. 203—330; Фокин В.М. Правоохранительные органы Российской Федерации. — М., 1999. — С. 173—185; Кашанина Т.В. Основы российского права / Т.В. Кашанина, А.В. Кашанин. — М., 2000. — С. 36.
16. См.: Баранов В.М. Система права, система законодательства и правовая система: Лекция / В.М. Баранов, С.В. Поленина. — Н. Новгород, 1999; ПетровД.Е. Отрасль права: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 2001.
17. См.: Гаврилов О.А. Информатизация правовой системы России. Теоретические и практические проблемы. — М., 1998. — С. 48.
18. См.: Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. — М., 1947. — С. 189—190.
См. также: Лазарев М.И. Теоретические вопросы современного международного морского права. — М., 1983. — С. 21—22.
19. См.: Кузнецова О.Б. Правовое регулирование отношений, возникающих в области рекламы: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 1999. — С. 13—14.
20. См.: Гаврилов О.А. Указ. соч. — С. 48.
21. См.: Как действует Закон «О рекламе» // Закон. — 1996. — №12.— С. 20.
22. См.: Вольдман Ю.Я. Указ. соч. — С. 31.
23. См.: Ганин М. Работа над поправками к Закону «О рекламе» // Реклама.— 1997. — № 2-3. — С. 2.
24. См.: Выписка из протокола № 118 заседания Совета Государственной Думы от 3 февраля 1998 года // Справочная правовая система «Гарант» 4.0.
25. См.: Вольдман Ю.Я. Указ. соч. — С. 31.
26. См.: Ганин М. Указ. соч. — С. 2—3; Эйдинов М. К вопросу о формирова нии понятия «рекламы» // Реклама. — 2000. — № 2. — С. 40—41.
27. Огородов Д.В. Релама и проблема информационного права: фактор взаимодействия в системе права // Государство и право. — 2001. — № 12. — С.

35. Подробнее о содержании информационного права см.: Бачило И.Л. Информационное право: роль и место в системе права Российской Федерации // Государство и право. — 2001. — № 2. — С. 5—14; Баранов В.М. Информационное право и информационное общество: философские проблемы взаимодействия / В.М. Баранов, М.В. Баранова, С.И. Яночкин // Философия права. — 2001. — №1. — С. 14—19.
28. Российская газета. — 1997. — 18 марта.
29. По крайней мере, не приходится сомневаться в том, что рекламное право имеет гораздо больше юридических и фактических оснований на относительно автономное функционирование, нежели активно пропагандируемое регистрационное право. См.: Кирсанов А.Р. Регистрационное право — формирующаяся отрасль современного российского права // Бюллетень Министерства юстиции Российской Федерации. — 2001. — № 11. — С. 60—66.
30. Собрание законодательства Российской Федерации. — 2001. — № 53. — Ст.5015.
31. Российская газета. — 2000. — 23 марта.
32. См.: Копылов В.А. Информационное право: Учебное пособие. — М., 1997.— С. 80—81; Гаврилов О.А. Указ. соч. — С. 58.
33. См.: Бокарев Т. Энциклопедия интернет-рекламы. — М., 2000.

Тема 2 Понятие рекламной информации

§ 1. Признаки рекламной информации

Понятие «реклама» употребляется как в узком, так и в широком значении этого слова. В узком смысле под рекламой понимается рекламная информация, т. е. информация, обладающая некоторыми квалифициру ющими признаками. Реклама в широком смысле — не только рекламная информация как таковая, но и довольно сложная по содержанию рекламная деятельность. Рекламная деятельность включает в себя различные субъекты, объекты, а также поведение, связанное с производством, размещением и распространением рекламной информации. Именно общественные отношения, возникающие в процессе рекламной деятельности (производство, размещение и распространение рекламной информации), регулируются правом. В дальнейшем, если это особо не оговаривается, понятия «рекламная информация», «реклама» и «рекламная деятельность» употребляются как синонимы.

Формирующийся в Российской Федерации рынок товаров и услуг все настойчивее требует привлечения и использования рекламы. Ее корни уходят в глубокую старину и связаны с тем, что производите лям (ремесленникам) и торговцам всегда требовалось сообщать людям о продаваемых ими товарах, о проводимых ярмарках и т. п.1

Слово «реклама» происходит от латинского reclamare — «громко кричать». Первоначально это слово подразумевало желание «криком» привлечь внимание, сообщить новость, снабдить информацией, в том числе о продаже каких-то товаров2 .

Длительное время реклама в нашей стране была делом, по меньшей мере, случайным. Командно-административная система, основанная на жестком централизованном планировании, не нуждалась в рекламной деятельности 3.

Сегодня реклама постепенно становится фактором российского сознания, все настойчивее врывается в нашу жизнь. Из опыта мировой практики известны сила и роль рекламы. Во всех определениях — а их десятки — термин «реклама» связывается с понятием информации или ее синонимами. В Большой Советской Энциклопедии реклама трактуется как: «1) информация о потребительских свойствах товаров и различных видах услуг с целью их реализации, создания спроса на них; 2)распространение сведений о лице, организации, произведении литературы и искусства и т. п. с целью создания им популярности» 4.

В американском учебнике Филипа Котлера «Основы маркетинга» дается более специализированное определение: «Реклама представля ет собой неличные формы коммуникации, осуществляемые через посредство платных средств распространения информации, с четко указанным источником финансирования» 5.

Французский исследователь А. Дейян так определял рекламу: «Реклама — это платное, однонаправленное и неличное обращение, осуществляемое через средства массовой информации и другие виды связи, агитирующие в пользу какого-либо товара, марки, фирмы (какого-то дела, кандидата, правительства)» 6.

По определению Американской ассоциации маркетинга, реклама представляет собой любую форму неличного представления и продвижения идей, товаров или услуг, оплачиваемую точно установленным заказчиком» 7 и служит для привлечения внимания потенциальных потребителей к объекту рекламирования, используя при этом наиболее эффективные приемы и методы с учетом конкретной ситуации.

В одном из американских учебников по рекламе дается такое ее определение: «Реклама — это неличное информационное сообщение (обычно оплачиваемое и к чему-либо побуждающее) установленных заказчиков о товарах, услугах или идеях, распространяемое через различные средства массовой информации» 8.

Комитет определений Американской торговой ассоциации после консультаций с ведущими специалистами в сфере рекламной деятельности предложил следующую формулировку: «Рекламированием является любая оплаченная форма неличного представления группе людей фактов о товарах, услугах или идеях»9.

В США проводились даже конкурсы по лучшему определению понятия рекламы. Так, на конкурсе, организованном американским журналом «Эдвертайзинг эйдж» (Advertising Age), первое место заняло следующее определение: «Реклама — это печатное, рукописное, устное или графическое уведомление о лице, товаре, услугах или обществен ном движении, открыто исходящее от рекламодателя и

оплаченное им с целью увеличения сбыта, расширения клиентуры, получения голосов или публичного одобрения» 10.
В отечественной научной литературе реклама определялась как «адресная, неличная, оплаченная информация, популяризирующая те или иные объекты (материальные и духовные ценности, различные явления социальной жизни) с целью побудить потребителя информации к определенной деятельности в сфере материального и духовного потребления» 11.
Все определения рекламы, несмотря на кажущуюся специфичность и внешнее различие, сходны в одном: реклама — это инструмент, с помощью которого потребителю дается такая информация, которая побуждает его приобрести рекламируемый товар, работу, услугу, идею, начинание 12.
Попробуем теперь исследовать эти определения более основательно. Их анализ позволяет сделать вывод о том, что предлагавшие их авторы подходили к рекламе, в основном, с точки зрения ее экономического понимания, рассматривая ее как один из элементов маркетинга. По нашему мнению, в этом аспекте можно говорить о выделении в экономической литературе следующих основных признаков рекламы.
Во-первых, платный характер рекламы. Этим реклама отличается от «паблисити» (publicity), которая рассматривается как популяриза ция, придание известности, осуществляемое посредством бесплатной передачи средствам массовой информации материалов о товарах, услугах, идеях или фирме для опубликования по их усмотрению. Здесь не производится непосредственная покупка времени или места для публикации сообщений о товаре или фирме, материалы (статьи, сообщения, пресс-релизы и т. п.), представленные в средства массовой информации, могут быть ими отклонены, полностью или частично изменены. В большинстве случаев термин publicity не переводится на русский язык в связи с тем, что ему нет полноценного русскоязычного эквивалента.
Большинство рекламы оплачивается соответствующими заинтересованными лицами. Товаропроизводители, магазины оплачивают ту рекламу, которую мы читаем или видим. Но некоторые рекламные объявления не оплачиваются заказчиками. Например, сообщения Американского Красного Креста, Американского общества по борьбе с раком обычно распространяются бесплатно, как общественная услуга. Это позволяет некоторым специалистам делать оговорку о том, что реклама, как правило, носит платный характер 13.
Во-вторых, неличный характер или неперсональный характер рекламы. Этим реклама отличается от личной продажи (personal selling), для которой характерно личное представление товара (одним лицом другому). Реклама же ведется на неличной основе посредством использования тех или иных средств распространения.
Она адресована различным группам людей и, таким образом, является неличной по своей природе. Ее аудиторией могут быть и подростки, и пожилые мужчины, и молодые женщины. Но в любом случае это всегда неперсональное сообщение. В рассылаемых почтой буклетах часто пытаются сделать персонализированное обращение путем упоминания в письме имени получателя один или даже несколько раз. Но подобная информация все-таки является неличной, так как включение имени в текст производится компьютером. Подпись в такого рода буклетах также не личная, а электронная. Все это позволяет говорить специалистам об отдельном виде рекламы — прямой почтовой рекламе.
В-третьих, информационное содержание рекламы. Это означает, что в ней сообщается о товарах, услугах или идеях. Следует заметить, что если реклама — это всегда информация, то информация — не всегда реклама. В целом же, реклама — это всегда информация о товарах, услугах или идеях.
Реклама не ограничивается продвижением осязаемых товаров, таких как мыло или безалкогольные напитки. Реклама также активно используется, чтобы помочь продать такие услуги, как укладка волос или ремонт двигателей. К тому же увеличивается использование рекламы в продаже экономических, политических, религиозных и социальных идей.
В-четвертых, раскрытие в рекламе ее заказчика. Этим она отличается от других видов коммуникации. Когда источник идеи неизвестен, адресату трудно установить ее ценность. Реклама обычно раскрывает источник излагаемого мнения или идеи. Как правило, в рекламе фигурирует не только название фирмы, оплатившей рекламу, но и ее адрес и другие идентифицирующие данные. И это

неудивительно, так как оплачивающий рекламу обычно хочет взамен получить собственную известность.
В-пятых, особый характер информационного воздействия. Имеется в виду, что реклама, как правило, преследует цель убедить потребителей совершить те или иные действия или как-то иначе повлиять на их поведение.
Предприятие оплачивает рекламу для того, чтобы убедить людей, что его товар будет им нужен или выгоден. Большинство рекламы пытается быть убедительной, чтобы выиграть конкурентную борьбу за потребителя. Однако некоторые специалисты говорят и об объявлени ях сугубо информационного содержания как о рекламе. В качестве примеров в данном случае приводят различного рода информационные сообщения, обязательные в силу действующего законодательства .
В-шестых, использование для распространения рекламы, главным образом, средств массовой информации. Большинство рекламы достигает потребителей именно через СМИ — газеты, журналы, радио, телевидение и т. п. Но реклама может быть обнаружена и в почтовом ящике, и под щеткой стеклоочистителя автомобиля, и вручена прямо на улице.
Приведем теперь некоторые определения, которые давались рекламе в отечественной юридической литературе. Например, в диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, посвященной рекламе, В.И. Иванов предложил такое определение: «Реклама — это популяризирующие какой-либо объект способы информирования неопределенного круга лиц с целью побудить их вступить в правоотношения» 15.
В проекте федерального закона РФ «О рекламе» было дано такое ее определение: «Реклама (рекламное сообщение) — любая форма распространения рекламодателем сведений (информации), независимо от используемых им технических или иных средств, в том числе их обнародование путем опубликования, передачи в эфир, публичного показа, публичного исполнения или сообщения, репродуцирования (репрографического воспроизведения) и т. п. в отношении третьих (неопределенного круга) лиц о рекламодателе, его товарах (работах, услугах), их свойствах и характеристиках, условиях производства, приобретения и использования, иных обстоятельствах, служащих формированию или поддержанию интереса направленных на повышение конкурентоспособности их на рынке»16. Данное определение подчеркива ло связь между рекламой и рынком с его продавцами и покупателями и усиливающейся конкуренцией товаров и услуг.
В соответствии со статьей 2 Федерального закона Российской Федерации «О рекламе» реклама — это «распространяемая в любой форме, с помощью любых средств информация о физическом или юридическом лице, товарах, идеях и начинаниях (рекламная информация), которая предназначена для неопределенного круга лиц и призвана формировать или поддерживать интерес к этим физическому, юридическому лицу, товарам, идеям и начинаниям и способствовать реализации товаров, идей и начинаний».
Рассмотрим теперь, какие же признаки рекламы являются значимыми для действующего российского законодательства. Чтобы информация признавалась рекламой в соответствии с действующим законодательством России, она должна:
— являться информацией о физическом или юридическом лице, товарах, идеях и начинаниях;
— предназначаться для неопределенного круга лиц;
— формировать или поддерживать интерес к физическому, юридическому лицу, товарам, идеям, начинаниям;
— способствовать реализации товаров, идей и начинаний.
Именно эти четыре признака рекламы были выделены в отечествен ной литературе 17. Представляется, однако, что более правильно говорить не о четырех, а о трех признаках, принимаемых во внимание российским законодателем при регулировании распространения информации.
Первый признак — направленность информации на неопределенный круг лиц, что отличает, например, рекламу от действий, совершаемых при розничной купле-продаже, когда продавец расхваливает свой товар определенному потенциальному покупателю. Другими словами, законодательство выделяет такой признак, как ориентированность на множество людей, по-особому регулируя подобные ситуации.
Упоминание в определении понятия рекламы «неопределенного круга лиц» в свое время вызвало некоторые критические замечания. Так, например, Е. Шагалов указывал, что «неопределенный круг лиц как адресат рекламы — ошибочен. Адресат рекламы — это неперсони фицированный определенный круг лиц...»18. Действительно, большинство товаров предназначено для строго определенной

категории потребителей, и, следовательно, их реклама должна быть направлена на соответствующую аудиторию. Однако «неопределенный круг лиц» в действующем законодательстве не употребляется как синоним слова «все». Термин «неопределенный круг лиц» используется для противопоставления понятию «контрагент». Речь идет о лицах, заранее не определенных в качестве конкретной стороны правоотношения. В общебытовом смысле круг этих лиц имеет определенные границы. Однако в юридическом смысле можно говорить, например, о неопределенном круге граждан — потенциальных покупателей бриллиантов.

Законодательство заботится о последствиях массового воздействия на потребителей, используя термин «неопределенный круг лиц» применительно к рекламе. Следует отметить, что деятельность фирм, рассылающих по почте буклеты с предложениями о приобретении каких-либо товаров, где делаются обращения к потребителю по имени, подпадет под законодательство. Наличие баз данных потребителей с их именами и адресами не меняет направленности подобных предложений на неопределенный круг лиц. Другими словами, персонифициро ванность обращения — лишь один из интересных ходов в продвижении товаров почтой.

Второй признак — цель информационного воздействия . Реклама призвана формировать или поддерживать интерес к физическому, юридическому лицу, товарам, идеям и начинаниям и способствовать реализации товаров, идей и начинаний. Данная формулировка определяет меру (степень) убедительности или внушаемости, при достижении которой информационное воздействие регулируется уже особо, в нашем случае — специально принятым правовым актом. Дело в том, что информация оказывает на человека эмоционально-психическое воздействие, поэтому степень такого воздействия требует к себе особого внимания, например в Федеральном законе «О рекламе» 19.

Указанный признак (цель информационного воздействия) важен для отличия рекламы в юридическом смысле этого слова от других видов объявлений или сообщений. Например, нельзя считать рекламой объявление об утере организацией своей печати или опубликова ние коммерческим банком своего баланса за какой-то период. В подобных случаях можно говорить о привлечении или поддержании внимания к определенному юридическому лицу, что, однако, не способствует реализации товаров, идей или начинаний. Объявление организации о приеме на работу определенных специалистов ошибочно, на наш взгляд, расценено как не являющееся рекламой из-за отсутствия цели информационного воздействия 20. В данном случае этот признак налицо: организация своим объявлением способствует реализации начинания — поиску нужных работников.

Отметим, что некоторые авторы выделяют в этой связи не один, а два признака рекламы: формирование или поддержание интереса и способствование реализации 21.

Однако определяющим в данной ситуации для законодателя является именно характер (цель) информационного воздействия, а не появляющийся потребительский интерес, который сопровождается возможным приобретением товара. В этой связи целесообразно говорить об одном, а не о двух признаках рекламы.

Третий признак — содержание информации . Законодатель выделяет информацию о физическом или юридическом лице, товарах, идеях и начинаниях, причем в понятие «товары» входят работы и услуги (ст. 1 Закона). Таким образом, производится отграничение рекламы от информации о погоде или результате футбольного матча.

Что касается других признаков рекламы, выделяемых в экономической литературе, — платности, использования средств массовой информации, точной определенности заказчика, то они не выделяются в понятии рекламы, данном в Законе.

Российское законодательство не исключает возможности бесплатного получения рекламного места. Правда, платность или бесплатность рекламы не играет никакой роли для законодателя, справедливо полагающего, что это безразлично для потребителя, который в равной степени испытывает информационное воздействие, независимо от того, оплатили его или нет.

Реклама, как правило, является оплаченной информацией. Интересно, что для целей налогообложения законодательство имеет иное определение рекламы. Рекламой признается целенаправленное информационное воздействие на потребителя для продвижения продукции (работ, услуг) на рынках сбыта22.

Что касается такого признака рекламы, как ее распространение преимущественно через средства массовой информации, то российское законодательство своим

определением охватывает любые средства и формы распространения рекламы. Таким образом, этот признак не имеет значения для определения понятия рекламы (под действие Закона подпадают все средства распространения рекламы, включая и средства массовой информации).

Наконец, остановимся на таком признаке рекламы, как раскрытие в ней заказчика. Необходимо отметить, что это не имеет значения для понятия рекламы в юридическом смысле. Иными словами, законодательство не требует обязательного раскрытия в рекламном сообщении его источника. Логика состоит в том, что потребитель обладает определенной степенью критического отношения к любой рекламе.

Законодательство, однако, требует распознаваемости рекламы как таковой, а также запрещает взимание платы за ее размещение под видом информационного, редакционного или авторского материала (п. 1 ст. 5 Закона). Указание в рекламе заказчика необязательно, но должно присутствовать сообщение потребителю того, что он имеет дело с рекламой, т. е. информирование его о заказанности материала. Внастоящее время некоторые издания делают это путем пометки такого рода сообщений буквой «К» (на коммерческой основе) или каким-либо иным образом.

Выделение российским законодателем отмеченных признаков, образующих в своей совокупности понятие рекламы, не вызывает особых сомнений. Однако целесообразно обратиться к опыту регулирова ния зарубежными законодателями массовых информационных воздействий, обладающих определенной степенью психологического эффекта.

В этой связи обращает на себя внимание термин, из которого исходят зарубежные юристы в определении рекламы. Помимо термина «информация» (information) можно встретить определение рекламы как «сообщение» или «послание» (message), а также «представление» (representation)23.

Российское законодательство в определении понятия рекламы исходит из термина «информация». Европейский Союз в своих правовых актах применяет термин «представление» (representation), который является довольно широким, охватывая любой вид сообщений 24.

Профессор Норберт Рейч высказал мнение, что категория «информация», используемая в законодательстве России несколько уже категории «представление», используемой в правовых актах Европейского Союза. В частности, она совсем не обязательно охватывает те или иные пропуски информации 25. Правда, немецкий исследователь отмечает, что используемый в статье 7 Закона термин «сведения» (определяю щий понятие недостоверной рекламы) достаточно близок к термину Европейского Союза «представление».

Профессор Рейч не претендует на абсолютность своих суждений, указывая, что окончательные выводы делать еще рано, так как вопрос об определении объема содержания российского понятия рекламы во многом будет зависеть от толкования этого термина в деятельности судебных органов и Госкомитета по антимонопольной политике России26 (сейчас — Министерство по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства (МАП).

Представляется, что органы контроля за рекламой и суды в скором времени столкнутся с попытками некоторых фирм ограничительно трактовать понятие рекламы в российском законодательстве, чтобы избежать подпадания осуществляемой ими деятельности под Закон. Ивэтой связи МАП и суды в своих решениях будут самостоятельно определять объем данного термина, выработав критерии отнесения тех или иных утверждений к категории рекламных.

§ 2. Рекламная информация и смежные категории

в судебной практике анализ уже имеющейся судебной практики позволяет сделать вывод о том, что МАП активно включилось в процесс определения объема понятий, закрепленных в Законе. Например, поставлена последняя точка в судебной тяжбе, за которой, без преувеличения, более года следил весь рекламный мир.

Все началось с того, что в июне 1996 года МАП выдало предписание в адрес известной рекламной компании «Видео Интернешнл» о снятии с телевизионных каналов ОРТ, НТВ, ТВ-6 рекламы водки «Довгань». МАП основывалось на положениях Закона, запретившего с 1 января 1996 года рекламу алкогольных напитков и табачной продукции по телевидению.

Однако ситуация с рекламным роликом «Довгань» оказалась не такой простой. До 1 января 1996 года на телевидении рекламировалась именно водка с изображением бутылки на фоне колосящихся хлебов, а также мужского портрета в овале с воспроизведенным под ним товарным знаком «Довгань» и прямым рекламным текстом о водке. После 1 января ролик видоизменился: бутылка и текст со словом «водка» исчезли, осталось только изображение основных элементов этикетки с тем же портретом, надписью «Довгань» и звуковым текстом «Торговая марка «Довгань».

Компания «Видео Интернешнл» оспорила в судебном порядке тот факт, что этот ролик посвящен алкоголю, заявляя, что рекламирует торговую марку.

В свою очередь МАП утверждало, что, согласно Закону, для поддержания интереса к товару не обязательна трансляция самого товара, достаточно изображения различных элементов, о нем напоминающих. Мужское лицо в овале, по логике МАП, напоминало именно о водке, а потому реклама подлежала запрету.

Дело рассматривалось в четырех судебных инстанциях, и, что самое удивительное, каждая последующая из них отменяла решение предыдущей. Фирма «Видео Интернешнл» обжаловала предписание МАП в арбитражном суде города Москвы и победила. МАП оспорило этот результат в апелляционной инстанции арбитражного суда и добился своего. «Видео Интернешнл» обращается в кассационную инстанцию и там доказывает свою правоту. Наконец, МАП обращается в Высший Арбитражный Суд России, который соглашается с доводами МАП.

Итак, мужской портрет и слова о торговой марке «Довгань» в данном конкретном случае признаны рекламой водки27. Этот пример показывает, что в Российской Федерации создаваемые рекламой представления рассматриваются с точки зрения действующего законодательства. Однако судебная практика (четыре инстанции) показала, что в данном вопросе не наблюдается единообразного подхода. Представляется целесообразным уточнить существующую редакцию статьи 2 Закона следующим образом: «Реклама — любая форма распростране ния информации (сведений, представлений), независимо от используемых средств, о физическом или юридическом лице, товарах, идеях и начинаниях, которая предназначена для неопределенного круга лиц и призвана формировать или поддерживать интерес к этим физическому, юридическому лицу, товарам, идеям и начинаниям и способствовать реализации товаров, идей и начинаний».

Думается, что такая редакция более точно передает понятие рекламы, связывая его не только со словом «информация», но и с терминами «сведения» и «представление». По мнению авторов, данный подход в большей степени соответствует тенденции постоянного совершенствования технологий воздействия на потребителя.

Арбитражные суды правильно считают, что указание юридическим лицом своего наименования (фирменного наименования) на вывеске в месте нахождения не является рекламой.

Так, в их практике было дело, в котором организация указала свое наименование на английском языке на вывеске перед входом в занимаемое помещение, поскольку ее уставом, зарегистрированным в установленном порядке, предусматривалось фирменное наименование на русском и английском языках, совпадающее при произношении.

Антимонопольный орган признал, что указание наименования организации в месте ее нахождения таким способом отвечает общему определению рекламы, сформулированному в статье 2 Закона, и нарушает требование о распространении рекламы на русском языке, закрепленное в статье 5 Закона. В связи с этим антимонопольный орган направил организации предписание о прекращении нарушения.

Организация обратилась в арбитражный суд с требованием о признании недействительными решения и предписания антимонополь ного органа, считая нарушенным свое право на фирменное наимено вание и указывая на смешение с рекламой информации, служащей целям идентификации и обозначения.

Суд в удовлетворении заявленного требования отказал по тому мотиву, что информация о наименовании организации на вывеске отвечает общему определению рекламы, сформулированному в статье2 Закона.

Апелляционная инстанция решение отменила, руководствуясь следующим.

Статья 54 ГК РФ предусматривает, что юридическое лицо имеет свое наименование, которое указывается в его учредительных документах. Пунктом 4 статьи 54 ГК РФ установлено, что юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией, должно иметь фирменное наименование.

Названные требования служат целям идентификации юридических лиц, индивидуализируют их как участников гражданского оборота и субъектов публично-правовых отношений.
На основании пункта 2 статьи 52 ГК РФ наименование юридического лица определяется в его учредительных документах. По общему правилу, изменения последних действительны с момента их государственной регистрации.
Данные государственной регистрации юридических лиц вносятся в единый государственный реестр юридических лиц, открытый для всеобщего ознакомления. Следовательно, наименование является формальным и неотъемлемым признаком юридического лица, изменяемым в установленном порядке.
Размещение уличной вывески (таблички) с наименованием юридического лица как указателя его местонахождения или обозначения места входа в занимаемое помещение, здание или на территорию является общераспространенной практикой и соответствует сложившимся на территории России обычаям делового оборота.
В силу статьи 9 Закона Российской Федерации «О защите прав потребителей» от 7 февраля 1992 года № 2300-1 (в редакции ФЗ от 9января 1996 г. № 2-ФЗ) потенциальный продавец товара или исполнитель работ, услуг для удовлетворения личных, семейных и бытовых потребностей гражданина обязан довести до сведения последнего фирменное наименование (наименование) своей организации, место ее нахождения (юридический адрес) и режим работы, разместив указанную информацию на вывеске.
Назначение информации такого характера состоит в извещении неопределенного круга лиц о фактическом местонахождении юридического лица и (или) обозначении места входа.
По смыслу статьи 2 Закона о рекламе под таковой понимаются сведения, распространяемые для формирования и поддержания инте реса к юридическому или физическому лицу, его товарам, идеям и начинаниям.
Указание юридическим лицом своего наименования на вывеске (табличке) по месту нахождения преследует иные цели и не может рассматриваться как реклама.
Сведения, распространение которых по форме и содержанию является для юридического лица обязательным на основании закона или обычая делового оборота, не относятся к рекламной информации независимо от манеры их исполнения на соответствующей вывеске.
С учетом изложенного был сделан вывод о том, что Закон о рекламе не регулирует вопросы, связанные с содержанием вывесок (табличек) в части обязательной информации. Оснований для отказа в удовлетворе нии соответствующего требования заявителя у суда не имелось28 .
В другом деле арбитражный суд снова весьма тщательно разбирался с конкретными обстоятельствами и признал, что в них информация о спонсоре либо о его товарах, соответствующая условиям спонсорско го договора, является рекламой.
Организация-рекламораспространитель обратилась в арбитражный суд с иском о взыскании со спонсора задолженности за рекламные услуги и процентов за пользование денежными средствами.
Возражая против иска, спонсор ссылался на то, что распростра ненная о нем информация не отвечает общему определению рекламы, сформулированному в статье 2 Закона.
Оценив доводы сторон, суд в своем решении указал следующее. Согласно статье 19 Закона, для целей этого Закона под спонсорством понимается осуществление одним лицом (спонсором) вклада (в виде предоставления имущества, результатов интеллектуальной деятельно сти, оказания услуг, проведения работ) в деятельность другого лица (спонсируемого) на условиях распространения спонсируемым рекламы о спонсоре, его товарах.
Спонсорский вклад признается платой за рекламу, а спонсор и спонсируемый, соответственно, — рекламодателем и рекламораспро странителем.
По условиям договора, рекламораспространитель (телерадиоком пания) обязался указывать в титрах конкретной передачи организацию-спонсора и номера ее телефонов, а последняя должна была ежемесячно перечислять спонсорский взнос в денежной форме. Следовательно, между сторонами заключен договор об установлении спонсорских отношений.
На основании пункта 4 статьи 421 ГК РФ условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законами и иными правовыми актами.
В силу статьи 2 Закона рекламой юридического лица является распространяемая в любой форме, с помощью любых средств информация об этом лице, которая

призвана формировать и поддерживать к нему интерес и предназначена для неопределенного круга потребителей.
В данном случае способ подачи, объем информации, при которых она способна обеспечить интерес к рекламируемому лицу, определены по свободному волеизъявлению последнего.
При таких условиях суд обоснованно признал рекламой распространенную истцом информацию и удовлетворил требование о взыскании со спонсора платы за рекламу и процентов 29.

Примечания

1. См.: Серегина Т.К. Реклама в бизнесе / Т. К. Серегина, Л.М. Титкова. — М., 1995. — С. 4.
2. См.: Ножин Е.А. Основы отношений с общественностью — «Паблик рилейшенз»: Курс лекций: В 2 ч. — Пермь, 1994. — Ч. 1. — С. 110.
3. См. там же.
4. БСЭ. — 3-е изд. — Т. 21. — С. 611.
5. Котлер Ф. Основы маркетинга. — М., 1995. — С. 473.
6. Дейян А. Реклама. — М., 1993. — С. 9.
7. Цит. по: Серегина Т.К. Реклама в бизнесе / Т.К. Серегина, Л.М. Титкова. — С. 5.
8. Bovee C. L. Contemporary Advertising / Courtland L. Bovee, William F. Arens. — Illinois: IRWIN Homewood, 1986. — P. 5.
9. Эдвардс Ч. Реклама в розничной торговле США / Ч. Эдвардс, Р. Браун. — М., 1967. — С. 9.
10. Реклама за рубежом / Пер. с англ.; Общ. ред. и предисл. Б.Г. Карпова. — М., 1977. — С. 8.
11. Мишина Ю.Ю. Теоретико-методологические проблемы социологическо го изучения рекламы в прессе: Автореф. дис... канд. социол. наук. — М., 1996. — С.17.
12. См.: Реклама за рубежом. — С. 8.
13. См.: Bovee C. L. Contemporary Advertising / Courtland L. Bovee, William F. Arens. — P. 5—6.
14. Ibid. — P. 6.
15. Иванов В.И. Правовые проблемы рекламы в СССР: Дис... канд. юрид. наук.— М., 1979. — С. 24.
16. Цит. по: Серегина Т.К. Реклама в бизнесе / Т. К. Серегина, Л.М. Титкова. — С. 5.
17. См.: Российское законодательство о рекламе / С.С. Завидова, П.В. Крючкова, Е.В. Павловец. — М., 1997. — С. 30.
18. Шагалов Е. К вопросу об определении понятия рекламы // Реклама. — 1978. — № 2. — С. 12.
19. Далее — Закон.
20. См.: Вольдман Ю.Я. Комментарий к Закону РФ «О рекламе» // Хозяйство и право. — 1997. — № 9. — С. 11.
21. См.: Российское законодательство о рекламе / С.С. Завидова, П.В. Крючкова, Е.В. Павловец. — С. 30.
22. См.: Письмо Министерства финансов Российской Федерации от 15 марта 2000 года № 26н «Нормы и нормативы на представительские расходы, расходы на рекламу и на подготовку и переподготовку кадров на договорной основе с учебными заведениями, регулирующие размер отнесения этих расходов на себестоимость продукции (работ, услуг) и порядок их применения» (зарегистрировано в Минюсте России 11 апреля 2000 года, регистрационный № 2192).
23. Например, термин «сообщение» или «послание» (message) можно встретить в законодательстве американского штата Массачусетс, регулирующем общие вопросы ведения предпринимательской деятельности, статья 3.01 (Massachusetts General Regulations, 940 CMR 3. 00: M.G.L. c. 93 A, 2 (c); термин «представление» (representation) — в законодательстве американского штата Массачусетс, регулирующем рекламную деятельность при осуществлении розничной торговли, статья 6.01 (Massachusetts Retail Advertising Regulations, 940 CMR 6. 00: M.G.L. c. 93 A, 2 (c).
24. См., например: Council Directive of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising (84/450/EEC) // Official Journal. — 1985. — No. L 250/17, 16 IIC 449.
25. См.: Reich N. Consumer Protection in Countries of Emerging Markets: The Example of Russia // Journal of Consumer Policy. — 1996. — March. — Vol. 19, No. 1. — P. 36.
26. Ibid.
27. См.: Докучаев Д. Водка «Довгань» получила по портрету // Известия. — 1997. — 19 июля.
28. Информационное письмо президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 декабря 1998 года № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с

применением законодательства о рекламе» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — 1999. — № 2. — С. 89—107. — П. 18.
29. Там же.

Тема 3 Виды рекламной информации

§ 1. Экономическая классификация рекламной информации

Классификации рекламы предложены как в отечественной, так и зарубежной литературе 1. Сразу следует отметить, что при изложении этого вопроса использование англоязычной терминологии — мера практичес кая и вынужденная. Для многих ключевых понятий теории рекламы не существует адекватных терминов в русском языке, а переводы некоторых из них весьма приблизительны и не всегда удачны. Анализ американской и отечественной литературы позволяет сделать вывод о том, что исследователи обычно выделяют четыре основания классификации:

1. По направленности на аудиторию (target audience):

а) реклама для потребителей, использующих товары для личных нужд (consumer advertising). Вариант перевода В.Л. Музыканта — реклама потребительских товаров (для личных нужд) — представляется не совсем удачным, так как в нем критерий классификации (аудитория рекламы) уходит как бы на задний план;

б) реклама для потребителей, использующих товары для ведения предпринимательской деятельности (business advertising или business-to-business advertising). Вариант перевода В.Л. Музыканта — бизнес-рек лама — представляется неудачным в силу своей буквальности, не отражающей специфики аудитории этого вида рекламы. В этом виде рекламы выделяют четыре основные разновидности:

— реклама, направленная на сферу производства (industrial advertising). Ярким примером в этом смысле является реклама промышленного оборудования. В Российской Федерации это, например, реклама пивоваренных мини-заводов;

— реклама, направленная на сферу торговли (trade advertising). Вариант В.Л. Музыканта — торговая реклама — не совсем удачен, так как из такого определения можно сделать вывод, скорее, не о специфической направленности рекламы, а просто о том, что с ее помощью хотят улучшить торговлю, что тоже верно. Эта разновидность рекламы предназначается оптовым и розничным торговцам, которых пытаются привлечь к приобретению товаров с последующей их реализацией конечному потребителю;

— реклама, направленная на представителей определенных профессиональных групп — адвокатов, бухгалтеров, врачей, учителей, инженеров и т. д. (professional advertising). Реклама такого рода может преследовать ряд целей: убедить эти категории людей в необходимости закупки рекламируемого оборудования с целью поддержания престижа профессии , способствовать увеличению сбыта товаров или услуг через эти профессиональные группы, поощрять этих специалистов рекомендовать или предписывать своим клиентам или пациентам рекламируемый товар;

— реклама, направленная на сельскохозяйственную сферу (agricultural advertising). Такая реклама способствует развитию высокоэффективных технологий обработки земли, внедрению новых методов возделывания почвы, разведению высокопродуктивных пород скота, птицы и т. д., например, реклама тракторов или удобрений;

2. По территории распространения (geographic area), или, как предложил В.Л. Музыкант, по широте охвата аудитории:

а) международная реклама (international advertising) — направлена на зарубежные рынки. В России можно встретить рекламу как американского напитка Pepsi-Cola, так и немецкого пива Holsten, за рубежом — российских компаний «Аэрофлот» или «ЛУКойл»;

б) национальная реклама (national advertising) — ограничена потребительским рынком одной страны. Большинство телевизионной рекламы, показываемой в лучшее время, является как раз националь ной рекламой. К ней можно отнести рекламу крупных банков и торгово-промышленных компаний;

в) региональная реклама (regional advertising) — нацелена на определенную область, регион. Это может быть реклама региональной авиакомпании или фирмы, осуществляющей автоперевозки на средние расстояния;

г) реклама местного значения (local advertising или retail advertising)— рассчитана на потребителей, проживающих в данном городе или районе. В эту группу включается реклама магазинов, станций техобслуживания автомобилей, ресторанов и т. п.

3. По средствам распространения (media used). В.Л. Музыкант называет этот критерий каналами распространения, предлагая такую классификацию:
а) печатная реклама (рекламно-коммерческие листовки, каталоги, проспекты, буклеты, брошюры, визитки и т. д.);
б) газетно-журнальная реклама;
в) радиореклама;
г) телереклама;
д) кинореклама;
е) наружная реклама (знаки, указатели, щиты);
ж) реклама на транспорте;
з) прямая почтовая реклама;
и) реклама «в каждый дом»;
к) выставки;
л) специальные виды рекламы (реклама посылочной торговли, реклама магазина, финансовая реклама).
В американской литературе есть попытки объединить некоторые средства распространения в отдельные группы2:
а) печатные средства (print media), где отдельно выделяют газетные (newspaper media) и журнальные (magazine media);
б) электронные средства (electronic media), где отдельно выделяют радио (radio) и телевидение (television);
в) средства распространения рекламы, воздействующие на потребителя вне дома (out-of-home media), именуемые так в отличие от рекламы в прессе и рекламы средствами вещания. Здесь выделяют наружную рекламу (outdoor advertising), представляющую собой щиты, указатели, тумбы, и рекламу на транспорте (transit advertising, или transport advertising, или transportation advertising);
г) прямая почтовая реклама (direct mail advertising) — реклама, рассылаемая по почте на основании списков, контролируемых или покупаемых рекламодателем;
д) публикация рекламных объявлений в различных справочниках (directory advertising), например, в телефонных или адресных;
е) другие средства распространения. Их выделяют отдельно в связи с появлением все новых и новых источников рекламы, например, рекламы по радио в магазинах, которая стала довольно обычным явлением сегодняшней действительности. Представляется, что о рекламе в Internet можно говорить как об отдельном явлении, выделяя ее в самостоятельный вид.
4. По целевому назначению (purpose) рекламу характеризуют в соответствии с четырьмя парными характеристиками:
а) как рекламу товаров (услуг) (product advertising) либо как рекламу идей (nonproduct advertising). Первая разновидность способствует улучшению сбыта товаров или услуг, вторая — улучшению имиджа компании, благожелательного к ней отношений в обществе (поэтому она также называется в литературе рекламированием компании — corporate advertising — или имиджевой рекламой). Цель здесь — заставить потребителя думать о компании, а не о ее товарах, например, путем указания на то, что фирма своей деятельностью не причиняет вреда окружающей среде;
б) как коммерческую рекламу (commercial advertising), направлен ную на получение прибыли в ближайшем или отдаленном будущем, либо как некоммерческую рекламу (noncommercial advertising), не ставящую своей целью получение прибыли. Примерами последней является реклама благотворительных фондов, религиозных и политических организаций. Даже если в такой рекламе есть обращение о финансовой помощи, это рассматривается как деятельность, направленная на покрытие издержек, связанных, например, с благотворительностью, а не на получение выгоды;
в) как рекламу, побуждающую потребителя к совершению определенного ответного действия (direct-action advertising), либо как рекламу, выполняющую определенную подготовительную работу в отношении потребителя (indirect-action advertising). В первом случае в рекламе помещаются специальные купоны, дающие право на скидку при покупке товара, или говорится об ограниченном периоде времени, когда можно совершить приобретение по льготной цене, особенно часто это встречается в заказах товаров по почте. Во втором случае в рекламе объясняются преимущества товара, рассказывается о месте, где его можно приобрести, т. е. создается определенный образ товара, здесь не преследуется цель немедленного приобретения товара потребителем. Большинство аудио- и

видеороликов относится к данной категории рекламы, сиюминутные выгоды здесь не ставятся во главу угла;
г) как рекламу, создающую спрос на определенные категории товаров, а не на товары отдельных фирм (primary-demand advertising), либо как рекламу, создающую спрос на конкретную марку товара (selective-demand advertising). Первая разновидность рекламы обычно заказывается ассоциациями, представляющими интересы многих компаний сразу, например, ассоциация производителей меда желает таким способом добиться потребления меда в принципе безотноситель но к его конкретной марке или любого меда, произведенного в соответствующей стране. Вторая разновидность рекламы привлекает внимание потребителей к строго определенной торговой марке.
Последний критерий классификации (по целевому назначению) у В.Л. Музыканта приведен не полностью, к тому же ничего не говорится о дополнительной градации этого основания на парные характери стики. Этим создается неверное впечатление о невозможности рекламного объявления быть одновременно коммерческим, создающим спрос на определенную марку товара, побуждающим к немедленной покупке путем использования специального купона, представляющим собой рекламу товара.

§ 2. Общеправовая классификация рекламной информации

Вышеприведенные основания классификации были выделены специалистами в области рекламы с экономической точки зрения. В силу этого они не отражают особенностей правового регулирования тех или иных видов рекламы. В этой связи необходимо дать классификацию рекламы с правовой точки зрения. При этом за основу возьмем уже описанные в литературе критерии классификации рекламы, а виды рекламы сформулируем исходя из их юридической значимости, т. е. с точки зрения выделения их в действующем законодательстве (или целесообразности такого выделения). Авторы предлагают следующие основания классификации рекламы:
1. По направленности на аудиторию:
а) реклама, направленная на несовершеннолетних. Законодатель ство исходит из необходимости особой защиты данной категории потребителей в силу их легковерности и отсутствия опыта (ст. 20 Закона), предусматривая некоторые ограничения для рекламы. Нельзя, например, привлекать внимание несовершеннолетних к тому, что обладание теми или иными товарами дает им какое-либо преимущество над другими несовершеннолетними. Запрещается обращать непосредственно к несовершеннолетним рекламу алкогольных напитков, табака и табачных изделий (п. 1 ст. 16 Закона). Новая редакция пункта 1 статьи 11 Федерального закона «О рекламе» устанавливает: «В радио- и телепрограммах не допускается прерывать рекламой и совмещать с рекламой, включая рекламу в виде наложений, в том числе способом «бегущей строки», детские, образовательные и религиозные передачи 3.
Законодательство зарубежных стран также особым образом относится к рекламе, направленной на несовершеннолетних. Например, французское законодательство запрещает в рекламе показывать детей без сопровождения взрослых, шведское — прерывать рекламой детские телевизионные программы. Испания и Германия запрещают рекламу детских игрушек, связанных с военной тематикой 4. Украина запрещает рекламу с использованием настоящего или игрушечного оружия5.
Анализ статьи 20 Закона позволяет сделать вывод о неудачности ее редакционного изложения. В частности, вызывает возражение упоминание в первом пункте указанной статьи запрета на «внушение непосредственно несовершеннолетним, чтобы они убедили родителей или других лиц приобрести рекламируемые товары», мотивированного «целями защиты несовершеннолетних от злоупотреблений их легковерностью и отсутствием опыта». Представляется, что подобный запрет направлен скорее на защиту кошельков родителей, а не охрану интересов детей. Существование данного запрета не вызывает наших возражений, однако его мотивировка представляется неправильной. Целесообразно исключить данный запрет из пункта 1 статьи 20 Закона и изложить его отдельным пунктом названной статьи: «Внушение непосредственно несовершеннолетним, чтобы они убедили родителей или других лиц приобрести рекламируемые товары, не допускается».

Втаком виде смысл статьи останется прежним, но улучшится ее редакционное изложение;
б) иная реклама (та, которая направлена на остальные категории потребителей).
Сложность и значимость рассмотренного выше критерия классификации — по направленности на аудиторию — подтверждает следующий пример из российской практики, в котором при оспаривании в суде факта распространения рекламы с нарушением требований Закона соответствующая реклама была оценена по тому воздействию, которое она может оказать.
Торговая организация — рекламодатель использовала в стационар ной наружной рекламе фразу: «В моей школе у многих ребят есть компьютер».
Антимонопольный орган указал в своем решении, что названная реклама является недопустимой на основании статьи 20 Закона о рекламе, поскольку внушает непосредственно несовершеннолетним мысль убедить родителей или других лиц приобрести рекламируемые товары. В связи с этим антимонопольный орган направил рекламодателю предписание о прекращении нарушения.
Рекламодатель обратился в арбитражный суд с требованием о признании недействительными решения и предписания антимонопольного органа, сославшись на повествовательный характер данной фразы, отсутствие в ней признаков внушения и то обстоятельство, что слова «школа» и «ребята» применимы не только к несовершеннолетним.
Суд удовлетворил заявленное требование по тем мотивам, что спорная реклама не содержала никаких прямых предложений, призывающих несовершеннолетнего убедить взрослых лиц купить ему рекламируемый товар. По своему характеру и грамматической конструкции названная рекламная фраза являлась повествовательным и безличным предложением, поэтому не могла рассматриваться как внушение, адресованное непосредственно несовершеннолетним.
Однако суд не учел следующего. Слова «ребята» и «школа» имеют в русском языке несколько значений. Первое может употребляться для различных возрастных групп и синонимично словам «дети», «молодые люди», «приятели», «свои люди», второе обозначает учебное учреждение, здание, в котором оно находится, направление в области науки и тому подобное.
Вместе с тем, из контекста фразы «В моей школе у многих ребят есть компьютер» однозначно следует, что речь идет о детях — учащихся школы, т. е. несовершеннолетних, а сама реклама предназначена вниманию последних и адресована непосредственно им.
Эта реклама привлекает интерес несовершеннолетних к дорогосто ящему товару, повышающему престиж ребенка среди сверстников.
Одновременно такая реклама внушает детям мысль о том, что многие знакомые им школьники уже имеют компьютер, а следовательно, товар доступен большинству семей по цене. Распространение подобной рекламы торговой организацией явно направлено на возбуждение у ребенка желания принадлежать к числу тех «многих ребят», которые являются обладателями компьютеров.
Поскольку указанное желание обычным порядком может быть реализовано лишь путем покупки для ребенка компьютера взрослым, то очевидна направленность рекламы на этот результат.
В соответствии со статьей 20 Закона в целях защиты несовершенно летних от злоупотреблений их легковерностью и отсутствием опыта не допускается при производстве, размещении и распространении рекламы внушение непосредственно несовершеннолетним, чтобы они убедили родителей или других лиц приобрести рекламируемые товары, а также создание у несовершеннолетних нереального (искаженно го) представления о цене (стоимости) товара, в том числе косвенным указанием на его доступность для любого семейного бюджета.
Повествовательный характер использованной в рекламе фразы значения не имеет, так как запрет на внушение несовершеннолетним мысли убедить взрослых приобрести рекламируемый товар и запрет на формирование у ребенка неправильного представления о соотношении цены с реальностью не поставлены Законом в зависимость от вида рекламоносителя или способа доведения информации до указанных потребителей.
Учитывая, что спорная реклама призвана оказать на несовершен нолетних воздействие, не допустимое Законом, оценка антимонополь ным органом спорной рекламы как правонарушения является обоснованной. Принимая во внимание изложенное, апелляционная инстанция отменила решение суда и отказала в удовлетворении заявленного рекламодателем требования 6.
2. По территории распространения:

а) международная (трансграничная) реклама. К ней предъявляют ся требования (нормы) законодательства нескольких государств и/или международно-правовых документов, в связи с чем единая международная рекламная кампания обычно должна соответствовать самым строгим требованиям из существующих в странах распространения рекламы;
б) национальная реклама. К ней предъявляются требования законодательства одной страны. Выделение этой разновидности рекламы производится в связи с необходимостью ее отграничения от международной рекламы, к которой будет применяться законодательство более чем одной страны. Сказанное не означает, что к рекламе, распространяемой в общенациональных масштабах, не может применяться законодательство субъектов Российской Федерации или отдельных населенных пунктов. Этот вопрос определяется системой правового регулирования рекламной деятельности отдельно взятого государства;
в) региональная реклама. Она, помимо федерального законодатель ства, в ряде случаев может регулироваться законодательством субъектов федеративного государства (например, отдельных штатов — вСША), и в силу этого иметь свои особенности. Например, реклама лотерей может запрещаться в одних штатах и быть разрешенной в других7;
г) реклама местного значения. Она может регулироваться актами местных органов власти, субъектов федеративного государства, федеральным законодательством. Обычно местные органы власти решают вопросы, связанные с особенностями размещения наружной рекламы (соответствие рекламных щитов эстетическому облику населенного пункта и т. п.)8.
3. По средствам распространения:
а) радио- и телереклама (ст. 11 Закона);
б) печатная реклама (ст. 12 Закона);
в) реклама в кино- и видеообслуживании (п. 1 ст. 13 Закона);
г) реклама в справочном обслуживании: отдельно выделяется реклама в платном справочном обслуживании (п. 3 ст. 13 Закона) и реклама в справочном телефонном обслуживании (п. 2 ст. 13 Закона);
д) наружная реклама (ст. 14 Закона);
е) реклама на транспортных средствах (п. 1 ст. 15 Закона);
ж) реклама на почтовых отправлениях (п. 2 ст. 15 Закона);
з) иная реклама (та, которая распространяется иными средствами).
Все виды рекламы обладают своими особенностями, с точки зрения правового регулирования.
4. По содержанию:
1) некоммерческая реклама (не направлена на получение прибыли в качестве основной цели), в свою очередь подразделяется на несколько подгрупп:
а) социальная реклама (ст. 18 Закона), которая представляет общественные и государственные интересы и направлена на достижение благотворительных целей;
б) политическая реклама (на нее не распространяется действие Закона в соответствии с п. 4 ст. 1 этого правового акта). Под политичес кой рекламой понимается распространяемая с помощью любых средств информация о политических партиях, объединениях, движениях и гражданах, а также об их действиях, идеях, начинаниях, программах, как в период проведения предвыборных мероприятий, так и в иное время с целью привлечения внимания 9. Отношения, возникающие при производстве, размещении и распространении политической рекламы, регулируются федеральными законами «Об основных гарантиях избирательных прав граждан РФ», «О выборах Президента РФ», «Овыборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» и другими нормативными правовыми актами, например Центризбиркома, устанавливающими предельные нормы размещения оплаченной политической рекламы на телевидении;
в) иная некоммерческая реклама, например, не связанная с осуществлением предпринимательской деятельности, если рекламодате лем выступает физическое лицо (на нее не распространяется действие Закона в соответствии с п. 5 ст. 1 этого правового акта, т. е. она регулируется общими, а не специальными нормами законодательства). То, что в пункте 5 статьи 1 Закона говорится об объявлениях (а не рекламе), не исключает того, что объявления могут являться рекламными;
2) коммерческая реклама (преследует извлечение прибыли в качестве основной цели), в свою очередь подразделяется на несколько подгрупп:
а) реклама алкогольных напитков, табака и табачных изделий (п. 1 ст. 16 Закона);

б) реклама медикаментов, изделий медицинского назначения, медицинской техники, методов лечения, профилактики, диагности ки, реабилитации (п. 2 ст. 16 Закона);
в) реклама оружия, вооружения и военной техники (п. 3 ст. 16 Закона);
г) реклама финансовых (в том числе банковских), страховых, инвестиционных услуг и иных услуг, связанных с пользованием денежными средствами юридических и физических лиц, а также ценных бумаг (ст. 17 Закона);
д) реклама товаров, подлежащих обязательной сертификации, или деятельности, подлежащей лицензированию (п. 3, 4 ст. 5 Закона);
е) иная коммерческая реклама (та, которая не обладает вышеперечисленным содержанием).
В зарубежных государствах можно выделить особым образом регулируемую рекламу лотерей, услуг заведений игорного бизнеса, а также услуг представителей отдельных профессий (адвокатов, врачей и т.п.)10.
Наибольшее беспокойство доставляет алкогольная и табачная реклама. Вопрос о наличии в информации признаков особо регулируемо го вида рекламы решается с учетом конкретных обстоятельств дела.
Так, в практике арбитражных судов России было дело, когда телерадиокомпания оспорила решение антимонопольного органа о признании факта нарушения пункта 2 статьи 33 Закона о рекламе, а именно распространения рекламы табачных изделий в телепрограммах. При этом телерадиокомпания указывала на то, что непосредственное размещение рекламы табачных изделий не производилось. Рекламорасп ространителем во время трансляции Кубка России по футболу, носящего официальное название «"Магна" Кубок России», показывался логотип турнира. Этот логотип существенно отличался от оформления пачки сигарет марки «Магна», поскольку содержал изображение футбольного мяча и название турнира.
Арбитражный суд с доводами заявителя не согласился, указав, что для поддержания интереса к товару не обязательна трансляция изображения самого товара: достаточна трансляция логотипа, напоминаю щего о товаре. Официальная эмблема Кубка России содержала название марки табачных изделий «Магна», зарегистрированной в качестве товарного знака по классу 34МКТУ — табак, курительные принадлежности, спички. Комбинированное изображение официальной эмблемы «"Магна" Кубок России» и изображение, используемое для оформления пачки сигарет «Магна», являются сходными до степени смешения вследствие наличия тождественных словесных элементов, графического сходства изображений и т. д.
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.
Демонстрация указанного логотипа кубка была расценена антимонопольным органом как реклама табачных изделий в телепрограммах, запрещенная пунктом 2 статьи 33 Закона о рекламе11 .
Аналогичный вывод о том, что информация, очевидно ассоцииру ющаяся у потребителя с определенным товаром, должна рассматри ваться как реклама этого товара, был сделан арбитражным судом при рассмотрении другого дела.
Антимонопольный орган в установленном порядке принял решение, которым признал телерадиокомпанию нарушителем пункта 2 статьи 33 Закона о рекламе, считая, что она в отдельных программах распространяла рекламу алкогольных напитков — ассортиментной группы водок «Кремлевская». На основании данного решения было выдано предписание о прекращении нарушения законодательства.
Телерадиокомпания обратилась в арбитражный суд с заявлением о признании решения недействительным. Заявитель полагал, что в программах телевидения отсутствовала реклама водок группы «Кремлевс кая», а имела место лишь спонсорская информация о юридическом лице, носящем название «Кремлевская де Люкс». Заявитель также указал, что водки с таким названием на рынке нет.
Арбитражный суд в удовлетворении заявленного требования отказал. Как следовало из представленных антимонопольным органом документов, в 1995 году телевидением распространялась реклама водки «Кремлевская» в форме роликов, в которых демонстрировался этот алкогольный напиток и его название. В 1996 году данные ролики были сняты с эфира. Однако в ряде телепередач имело место распространение информации, состоящей из слов «Кремлевская представляет...» либо «Кремлевская де Люкс представляет...».
С учетом предшествующей рекламной кампании группы водок «Кремлевская» на телевидении, а также того, что реклама этих алкогольных напитков параллельно

велась в печатных средствах массовой информации, на транспорте и путем использования наружной рекламы, информация, распространяемая в телепрограммах, по мнению антимонопольного органа, поддерживала интерес потребителей к ассортиментной группе водок «Кремлевская».
Утверждения заявителя о распространении спонсорской информации о юридическом лице с наименованием «Кремлевская де Люкс» не были подтверждены. Договор на размещение рекламы заключался юридическим лицом с иным наименованием. Документы, свидетельству ющие о существовании юридического лица с названием «Кремлевская де Люкс», не были представлены.
Довод заявителя об отсутствии на рынке водки «Кремлевская де Люкс» опровергался сертификатом соответствия, выданным РОСТЕСТ-Москва на водку с названием «Кремлевская де Люкс».
Таким образом, представленные материалы свидетельствовали о факте распространения для неопределенного круга лиц информации об алкогольных напитках — группе водок «Кремлевская», призванной поддерживать интерес к этим товарам и способствовать их реализации.
Исходя из этого, суд признал обоснованными выводы антимонопольного органа о наличии в действиях телерадиокомпании нарушений требований пункта 2 статьи 33 Закона о рекламе в части, касающейся запрета размещения рекламы алкогольных напитков в телепрограммах 12.

§ 3. Гражданско-правовая классификациярекламной информации

В качестве основания гражданско-правовой классификации рекламной информации выступают условия рекламы:
а) реклама — публичная оферта. Этот вид, в свою очередь, имеет две разновидности:
— реклама, содержащая все существенные условия договора, из содержания которой следует, что рекламодатель заключит договор с любым, кто ответит (п. 2 ст. 437 ГК);
— реклама, сделанная на месте продажи товаров, если она представляет собой «выставление в месте продажи (на прилавках, в витринах и т. п.) товаров, демонстрацию их образцов или предоставление сведений о продаваемых товарах (описаний, каталогов, фотоснимков товаров и т. п.) в месте их продажи, за исключением случая, когда продавец явно определил, что соответствующие товары не предназна чены для продажи» (п. 2 ст. 494 ГК). Отсутствие в рекламе всех существенных условий договора розничной купли-продажи роли не играет, эти условия считаются согласованными из самого факта выставления товара в месте продажи. Данная особенность продиктована спецификой розничной торговли 13;
б) реклама — приглашение делать оферты (п. 1 ст. 437 ГК). Этот вид имеет три разновидности:
— реклама, содержащая все существенные условия договора, но из которой не усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется (например, реклама о проведении торгов в форме конкурса — организатор торгов вправе отказаться от их проведения до наступления даты торгов (ст. 448 ГК), т. е. даже поступление заявки участника торгов, удовлетворяющей всем существенным условиям, объявленным в рекламе, не связывает организатора торгов. Следовательно, действующим законодательством подобная реклама рассматривается не как оферта, а как предложение потенциальным участникам делать оферту организатору торгов о заключении договора с этим заявителем. Таким образом, реклама проведения торгов в форме конкурса даже с указанием всех существенных условий является лишь предложением делать оферты организатору торгов);
— реклама, содержащая не все существенные условия договора (например: «Сахар оптом. Цена за килограмм такая-то. Скидки»);
— реклама, не содержащая ни одного существенного условия договора (например: «Мебель. Дешево»).
Первые две разновидности требуют указания сроков действия рекламы, последняя — нет. С точки зрения правовых требований рекламного законодательства, первые две разновидности между собой не отличаются, однако их выделение в классификации производится в методологических целях;

в) реклама, не являющаяся ни офертой, ни предложением делать оферты — иная реклама (например, социальная реклама «Нет — наркотикам»). Этот вид выделяется в классификации по правовому содержанию условий рекламы в целях ее логического завершения, хотя, с точки зрения требований рекламного законодательства, он ничем не отличается от последней упомянутой разновидности рекламы-пригла шения делать оферты — рекламы, не содержащей ни одного существенного условия договора.

При рассмотрении последнего основания классификации рекламы (по правовому содержанию ее условий) необходимо более подробно остановиться на статье 437 ГК России, в которой говорится: «Реклама и иные предложения, адресованные неопределенному кругу лиц, рассматриваются как приглашение делать оферты, если иное прямо не указано в предложении. Содержащее все существенные условия договора предложение, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется, признается офертой (публичная оферта)». Дело в том, что статье 437 противоречит положение статьи 17 Закона, запрещающее «умалчивать хотя бы об одном из условий договора, если в рекламе сообщается об условиях договора» при рекламе услуг, связанных с пользованием денежными средствами. Как справедливо указывал И.В. Крылов, из статьи 437 вытекает то, что лишь сам рекламодатель волен превратить рекламу в публичную оферту, указав в ней все существенные условия договора 14.

Гражданский кодекс допускает существование рекламы как в форме приглашения делать оферты, так и в форме публичной оферты без каких-либо ограничений для той или иной формы. Не предусматрива ется, в частности, в статье 437 ГК и возможности ограничения рекламодателей в праве свободного выбора между этими двумя видами рекламы или обязательности указания в ней всех существенных условий договора. Гражданский кодекс ни в коей мере не ограничивает юридических или физических лиц обязательностью указания всех существен ных условий договора, указывая лишь, что в случае отсутствия таковых в рекламе последняя не может считаться офертой (ст. 435 ГК).

Смысл же упомянутого положения статьи 17 Закона сводится к императивному требованию указывать либо все условия договора (причем речь идет именно о всех условиях, а не о всех существенных условиях) в рекламе финансовых услуг, т. е. делать по сути публичную оферту, либо вообще ни при каких обстоятельствах не использовать ни одно из этих условий. Иными словами, статья 17 Закона является специальной нормой по отношению к статье 437 ГК, так как определяет специфические правила в отношении использования условий договора в рекламе финансовых услуг. Статья 437 ГК в данном случае выступает в качестве общей нормы, никого не ограничивая в количестве использования в рекламе условий предлагаемых договоров.

Таким образом, существует коллизия общей и специальной нормы. Однако следует иметь в виду, что общая норма находится в ГК, примат которого носит абсолютный характер. Пункт 2 статьи 3 ГК устанавливает, что нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны ему соответствовать. Это положение означает, что при коллизии гражданско-правовых норм, содержащихся в любом нормативном акте (в том числе федеральном законе), со статьями ГК, суд, как и любой другой орган, применяющий право, обязан руководствоваться нормами ГК. При этом важно подчеркнуть, что общие принципы действия законов, которые признают, что специальная норма вытесняет общую, в данном случае не применяются.

Следовательно, примат ГК сохраняется и по отношению к различного рода специальным актам, если иное в самом ГК прямо не предполагается 15. Речь идет об имеющейся во многих статьях ГК (но не в ст.437) оговорке «если иное не предусмотрено в законе».

Таким образом, требование указывать в рекламе финансовых услуг все условия договора или вообще ничего не указывать (ст. 17 Закона) противоречит статье 437 части первой Гражданского кодекса России. Вэтой связи возможны два варианта развития событий: во-первых, внесение дополнения в статью 437 ГК «если иное не предусмотрено законом», что придаст юридическую силу специальной норме статьи17 Закона; во-вторых, исключение вышеупомянутого положения из статьи 17, что приведет Закон в соответствие с ГК.

Избрание того или иного варианта развития событий — прерогати ва законодателя. По нашему мнению, из анализа все той же статьи 17 можно сделать вывод, что позиция законодателя заключалась в строгом подходе к регулированию

рекламы финансовых и иных услуг, связанных с пользованием денежными средствами, и по этой причине в статье 17 введено вышеупомянутое положение. Однако данный подход к рекламе подобного вида услуг является чрезмерным и отчасти продиктован целым рядом громких скандалов с некоторыми финансовы ми компаниями, обобравшими миллионы вкладчиков, главным образом, благодаря настойчивости рекламы и некритическому ее восприятию потребителями, а не особенностям ее содержания.

На практике применение чрезмерных, на наш взгляд, требований статьи 17 необоснованно вытесняет рекламу банков, страховых и инвестиционных компаний из прессы и электронных СМИ (в них остается лишь корпоративная или так называемая «имиджевая» реклама)— ведь чтобы раскрыть все условия договора с вкладчиком не хватит никакой газетной площади и эфирного времени. Такой точки зрения придерживается И.В. Крылов, который в сложившихся условиях рекомендует рекламировать данные виды услуг в печатных брошюрах 16.

Представляются также чрезмерными требования все той же статьи17 о недопустимости «представлять любого рода гарантии, обещания или предположения о будущей эффективности (доходности) деятельности». По нашему мнению, это значительно ограничивает возможности финансовой рекламы. Как справедливо заметил И.В. Крылов, полностью обессмысливается реклама накопительных и пенсионных вкладов, поскольку их просто невозможно рекламировать, не давая гарантий и обещаний будущей доходности 17.

Думается, что потребителям должна предоставляться возможность получения подобной информации посредством рекламы, если сама по себе информация соответствует действительности, причем в целях защиты потребителей рекламодателей можно обязать сопровождать рекламу предупреждением о возможном риске любой предпринимательс кой деятельности. Можно вести речь о каких-либо ограничениях для подобной рекламы, например, в отношении ее распространения через электронные СМИ, но решать проблему путем простого запрета не совсем логично, особенно если принять во внимание, что реклама алкогольных напитков, табака и табачных изделий, по российскому законодательству, разрешается, хотя и с известными ограничениями. На наш взгляд, предположения о будущей эффективности (доходности) той или иной предпринимательской деятельности в финансовой сфере опасны не более, чем реклама спиртного или сигарет, если подходить к этому вопросу с определенными законодательными ограничениями.

В этой связи мы предлагаем исключить из статьи 17 Закона последнее предложение о недопустимости «умалчивать хотя бы об одном из условий договора, если в рекламе сообщается об условиях договора», при рекламировании финансовых услуг как противоречащее статье437 Гражданского Кодекса. Предпоследнее предложение статьи 17 Закона можно изложить в следующей редакции: «Запрещается в радио- и телепрограммах представлять любого рода гарантии, обещания или предположения о будущей эффективности (доходности) деятельности, в том числе путем объявления роста курсовой стоимости ценных бумаг». Данная редакция обеспечит право на существование в рекламе такого рода информации, хотя и с известными ограничениями по отношению к средствам распространения.

Примечания

1. См., например: Музыкант В.Л. Реклама: международный опыт и российские традиции. — М., 1996. — С. 23—24; Bovee C.L. Contemporary Advertising / Courtland L. Bovee, William F. Arens. — P. 11—17; Ulanoff S.M. Advertising in America.— New York: Hastings House, Publishers, 1977. — P. 17—22; Advertising Excellence / C.L.Bovee, J.V. Thill, G.P. Dovel and Marian Burk Wood. — New York: McGraw-Hill, Inc., 1995. — P. 5—10.
2. Advertising Excellence / C.L.Bovee, J.V. Thill, G.P. Dovel and Marian Burk Wood. — P. 5, 7—8.
3. Федеральный закон Российской Федерации от 14 декабря 2001 года № 162 «О внесении изменений в статью 11 Федерального закона «О рекламе» // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2001. — № 51. — Ст. 4827.
4. См.: Advertising Excellence / C.L. Bovee, J.V. Thill, G.P. Dovel and Marian Burk Wood. — P. 205.
5. См.: Закон Украины «О рекламе». — Ст. 19 // Ромат Е.В. Реклама. — Киев; Харьков, 1999. — С. 464.
6. См.: Информационное письмо президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 декабря 1998 года № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — 1999. — № 2. — С. 89—107. — П.17.
7. См.: Russell T.J. Kleppner's Advertising Procedure / Thomas J. Russell, Ronald W. Lane. — 13th edn. — Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1996. — P. 742.
8. См.: Holsinger R.L. Media Law / Ralph L. Holsinger and Jon Paul Dilts. — 3dedn. — New York: McGraw-Hill, Inc., 1994. — P. 532—534.
9. См.: Проект федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О рекламе» // Справочная правовая система «Гарант» 5.1.
10. См.: Russell T.J. Op. cit. — P. 742; Holsinger R.L. Op. cit. — P. 526—531, 536.
11. См.: Информационное письмо президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 декабря 1998 года № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — 1999. — № 2. — С. 89—107. — П. 15.
12. См. там же. — П. 16.
13. См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). — М., 1996. — С. 54.
14. См.: Крылов И.В. Теория и практика рекламы в России. — М., 1996. — С.104.
15. См.: Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. — М., 1995. — С. 44.
16. См.: Крылов И.В. Указ. соч. — С. 104.
17. См. там же.

Тема 4 История правового регулирования рекламной деятельности в зарубежных странах

§ 1. Конституционные основы законодательства о рекламе в США

Наиболее значительный конституционный опыт рассмотрения дел, связанных с рекламой, накоплен в США. Важно отметить, что этот опыт Верховного суда США был к тому же исторически первым. Европейские страны столкнулись с проблемой конституционности ограничений, налагаемых на рекламу, гораздо позже, а в Российской Федерации подобная проблема пока вообще по сути не поднималась.

В США основной конституционной нормой применительно к рекламе является Первая поправка к Конституции, текст которой гласит: «Конгресс не должен издавать законов, устанавливающих какую-либо религию или запрещающих ее свободное вероисповедание, либо ограничивающих свободу слова или печати или право народа мирно собираться и обращаться к Правительству с петициями об удовлетворении жалоб»1. Судебная практика, связанная с применением этой поправки, в США довольно обширна. Поэтому многочисленные прецеденты Верховного Суда США, затрагивающие сферу рекламы, нами были условно разделены на две большие группы: прецеденты, закладываю щие общие принципы правового регулирования рекламной деятельности, и прецеденты, закладывающие специальные принципы такого регулирования. Отдельно можно выделить также самые последние дела Верховного Суда США, показывающие современные тенденции в конституционном регулировании рекламной деятельности.

Проблема рекламы применительно к Первой поправке Конституции возникла в США в 1942 году в деле Валентине против Кристенсе на (Valentine v. Chrestensen)2. Это дело касалось нормативного акта города Нью-Йорка, регулировавшего распространение листовок, содержащих «чисто коммерческую рекламу».

Кристенсен был собственником подводной лодки, списанной с ВМФ США, и занимался организацией экскурсионных туров на ней. Он рекламировал эти туры в своих листовках. Когда полиция проинформировала его о том, что такая реклама не может распространяться на улицах Нью-Йорка, он видоизменил свою печатную продукцию. Теперь на одной стороне было сообщение, информирующее о месте нахождения лодки, часах работы и цене, а на другой — критика городского департамента, создающего своими действиями трудности с размещением лодки в доках. Кристенсен полагал, что в таком виде его деятельность по распространению листовок не нарушает действующе го законодательства.

Полиция Нью-Йорка была другого мнения и арестовала Кристенсена, распространявшего на улицах города свою печатную рекламу, за нарушение соответствующего городского правового акта. Он был оштрафован и в оспаривании этого решения дошел до Верховного суда США, который единогласно постановил, что изменения в листовки были внесены с целью обойти существовавшие правила, а Конституция не защищает «чисто коммерческую рекламу». Было отмечено, что власти штатов и местные власти имеют право самостоятельно решать, в какой степени они позволяют рекламодателям использовать улицы для распространения листовок. В четырехстраничном решении впервые было сформулировано, что коммерческая информация не защищается Первой поправкой.

Это дело положило начало созданию так называемой доктрины коммерческой речи (commercial speech doctrine). В течение более чем двадцати последующих лет законодатели и судьи исходили из того, что рекламодатели не имеют защиты по Первой поправке.

Первые сомнения в справедливости такого подхода возникли в 1964 году в деле «Нью-Йорк Таймс» против Салливана (New York Times v. Sullivan)3. Данное дело возникло из опубликованного в марте 1960 года в ведущей общенациональной газете рекламного объявления, призывающего читателей поддержать студентов Алабамского государственного колледжа, которые выступили против расовой сегрегации. Объявление призывало к финансовой поддержке этих чернокожих студентов и было подписано 64 видными общественными деятелями. В объявлении, в частности, рассказывалось о том, что после того, как студенты выразили протест против расовой сегрегации у стен Капитолия штата Алабама, их лидеры были исключены из вуза, а вооруженные полицейские блокировали студенческий

городок. Столовая была закрыта, чтобы голодом добиться покорности от молодых людей. Один из студенческих лидеров семь раз арестовывался полицией за превышение скорости и подобные незначительные нарушения, его словесно оскорбляли, в результате беспорядков пострадали его дом, жена и ребенок.
Адвокаты, представлявшие полицейского комиссара Салливана, утверждали, что такая информация клевещет на их клиента, и потребовали от газеты опровержения. Газета попросила конкретизировать клеветнические заявления. Ответом явилось возбуждение дела в суде Алабамы, которое в конечном счете к 1964 году дошло до Верховного суда США.
Салливан утверждал, что ссылки на полицию подразумевают его как руководителя, а значит, возлагают на него ответственность за закрытие столовой и использование голода для покорности. Кроме этого, складывалось впечатление, что он поощрял незаконное насилие против студенческих лидеров. Суду было представлено шестеро свидетелей, связавших всю эту информацию с личностью комиссара полиции.
Другие свидетели подтвердили, что некоторая информация в газете оказалась ложной. В частности, столовая никогда не закрывалась, а студентов, которых отказывались обслуживать в ней, было всего несколько, и они не имели соответствующих документов, позволяющих им питаться. Полиция никогда не окружала студенческий городок, хотя и была развернута рядом с ним в больших количествах. Студенческий лидер арестовывался не семь, а четыре раза, причем три раза еще до того, как полицейским комиссаром стал Салливан, который лично никакого отношения к этим арестам не имел.
Газета не проверяла информацию, представленную в объявлении, так как не было оснований не доверять мнению известных людей, его подписавших, и репутации рекламного агентства, разместившего его.
Суд присяжных посчитал, что Салливан был оклеветан, и присудил ему пятьсот тысяч долларов. Верховный суд Алабамы утвердил такое решение, которое соответствовало законодательству о клевете того времени. Различия между фактами и их комментарием в судебном решении не проводились, исследовался, в основном, вопрос о степени вреда для репутации Салливана. Сразу же у «Нью-Йорк Таймс» возникло еще одиннадцать подобных дел, в которых истцы в общей сложности требовали более чем пять миллионов долларов. По этим причинам у Верховного суда США возник интерес к этому делу.
Адвокаты Салливана цитировали дело Кристенсена, утверждая, что так как клевета появилась в оплаченной рекламе, она не пользуется защитой Первой поправки. Верховный Суд США с этим не согласился. В данном деле было выведено правило, что общественные деятели, в том числе чиновники, выдвигающие обвинение против средств массовой информации в клевете, должны доказать, что издатель либо знал о недостоверности распространяемых сведений, либо опрометчиво пренебрег правдой. Другими словами, к ним применяется более высокий стандарт в доказывании.
В этом деле была проведена четкая грань между данным конкретным объявлением и другими видами рекламы. Такое объявление было мотивировано жизненно важными интересами нации. Люди, которые не сумели быть услышанными в общенациональном масштабе, просто купили место в ведущей газете и выставили на суд общественности свои обиды. То, что они высказали свою точку зрения посредством приобретения газетного пространства, не меняло существа дела. Поэтому Верховный суд США посчитал, что реклама, выражающая мнение по общественной проблеме, полностью защищается Первой поправкой. Однако суд промолчал относительно коммерческой рекламы. Показалось, что суд разделил оплачиваемые сообщения на два разряда — в зависимости от цели рекламы. Если преследовалась цель «продать» идею, то реклама защищалась Первой поправкой, если же речь шла о продаже товара или услуги — то нет.
Такой подход сохранялся почти в течение десяти лет и пал лишь под натиском другого движения в защиту гражданских прав, поднявшего вопрос об этом. В начале 1970-х годов к газетам Питсбурга стали предъявляться претензии со стороны городской комиссии по делам общественности из-за способа, каким они публиковали рекламу занятости. Так возникло дело Питсбургской прессы против Комиссии Питсбурга по делам общественности (Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations)4.
Газеты утверждали, что они облегчают задачу читателям, размещая рекламу по нескольким категориям: «для мужчин», «для женщин», «для мужчин и женщин». Комиссия полагала, что данные рекламные рубрики усиливают существующие

стереотипы о мужских и женских профессиях, а также поощряют сексуальную дискриминацию, нарушая недавно принятый городской правовой акт.
В судебном разбирательстве о нарушении постановления муниципального органа газеты утверждали, что они свободны в выборе рекламных рубрик. Таким образом, любые попытки городских властей диктовать газетам, к какой категории относить рекламу, нарушают Первую поправку. Ни Комиссия, ни суд первой инстанции не согласились с этими аргументами. Дело было перенесено в Верховный суд США, который поддержал решение нижестоящего суда.
Однако при вынесении решения по этому делу суд избегал вопроса о Первой поправке. Он поддержал точку зрения, что газетная рубрикация рекламы по половому признаку содействует дискриминации. Следовательно, реклама в данном случае способствовала незаконным действиям. Вместе с тем, было признано, что некоторые действия газет в их редакционной деятельности могут быть защищены Первой поправкой. Степень такой защиты должна зависеть от содержания рекламы. В рассмотренном деле не было такой защиты, потому что реклама способствовала незаконной цели.
Таким образом, можно сказать, что был сделан вывод о том, что Первая поправка не защищает рекламу незаконной деятельности. Однако вопрос о том, какое рекламное содержание может быть защищено, остался без ответа. В деле «Нью-Йорк Таймс» реклама обсуждалась в ракурсе политических и социальных проблем. Только ли эти проблемы пользуются защитой Первой поправки? Как быть с экономическими проблемами, которые часто встречаются в условиях рыночной экономики? Существует ли общественный интерес в знании того, какие товары и услуги имеются на рынке и по какой цене?
На эти вопросы, поднятые в питсбургском деле, суд начал отвечать через два года в деле Биглоу против штата Вирджиния (Bigelow v. Virginia)5. Это дело возникло из-за небольшого рекламного объявления, опубликованного в газете «Вирджиния Викли» (Virginia Weekly), широко распространявшейся в студенческом городке университета штата Вирджиния. В феврале 1971 года, за два года до дела Роэ против Вейд6, легализовавшего аборты в США, газета опубликовала рекламу организации «Женский Павильон» (Women's Pavilion), расположен ной в Нью-Йорке. Реклама объявляла, что эта организация помогает женщинам с нежелательной беременностью получить «немедленное размещение в аккредитованных больницах и клиниках по низкой цене» и сделает все необходимые приготовления на строго конфиденциаль ной основе.
В то время, когда реклама была опубликована, аборты были легальны в Нью-Йорке и незаконны в Вирджинии. Джефри Биглоу, директор и редактор газеты, был обвинен в нарушении законов штата Вирджиния и оштрафован. Через четыре года его дело дошло до Верховного суда США, пройдя до этого несколько раз путь из судов штата в федеральные суды и обратно.
Власти Вирджинии утверждали, что Первая поправка не применима в данном деле, так как речь идет о газетной рекламе. Верховный суд США в 1975 году с этим не согласился, посчитав, что нельзя наказывать женщину, приехавшую в Нью-Йорк делать аборт, а значит, и газету за рекламу законных медицинских услуг. Суд заявил, что, информируя жителей Вирджинии о легальности абортов в других штатах, реклама привнесла полемичность в общественную проблему. При этом суд прямо не заявил, что реклама легальных товаров и услуг защищается Первой поправкой.
Это было сделано лишь в следующем 1976 году в деле Фармацевти ческий совет Вирджинии против Вирджинского комитета потребите лей (Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc)7. Спор в этом деле шел о праве аптек информировать потребите лей о ценах на лекарства. В соответствии с законами штата Вирджиния, регулирующими деятельность аптек, ценовая реклама была запрещена. Это означало, что пациент, которому требовалось определенное лекарство, был «слепым» покупателем.
Цены же на лекарства отличались весьма существенно. Например, весьма распространенный антибиотик стоил в разных аптеках от 1,2 до 9 долларов за то же самое количество капсул. Если отдельные граждане не имели времени, чтобы ходить по аптекам и сравнивать цены, или не могли использовать телефон, они лишались возможности обнаружить наиболее выгодную аптеку для них.
В данном деле Верховный суд США (восемью голосами против одного) не оставил сомнений в статусе рекламы применительно к Первой поправке, постановив, что даже «чисто коммерческая реклама» защищается Первой поправкой, если речь идет о легальных товарах.

Однако далеко не на все вопросы были даны ответы в этом деле. Например, Председатель Верховного суда США Уоррен Бюргер, хоть и разделивший точку зрения большинства, выразил неуверенность в том, что другие специалисты, не являющиеся аптекарями, например адвокаты и врачи, имеют право заниматься рекламой своей деятельности. Судья Гарри Блэкмен, писавший решение от имени большинства судей, особый упор делал на сильный потребительский интерес к аптечным товарам во времена инфляции, которые переживали США.

Решение основной проблемы — можно ли в принципе регулировать содержание рекламной информации и в какой степени — осталось открытым. Ответы на этот вопрос находятся в последующих решениях Верховного суда США.

Признав к середине 1970-х годов (хотя и с большим нежеланием) доктрину коммерческой речи, Верховный суд США начал распространять ее весьма быстро. Практически не было ни одного года в конце семидесятых, когда бы этот судебный орган ни сталкивался с делами, связанными с рекламой.

В деле вирджинских аптек, рассмотренном выше, было высказано предположение о том, что реклама фармацевтических услуг не является аналогичной рекламе медицинских или адвокатских услуг. Дело в том, что кодексы поведения (кодексы этики) врачей и адвокатов осуждали рекламу как не совместимую с этими профессиями. Разрешенным оставалось лишь размещение рекламы в телефонных справочни ках на так называемых желтых страницах в силу сдержанного тона подобных объявлений. Адвокаты, которые проявляли излишнюю ретивость в поиске клиентов, подвергались наказанию со стороны своих коллег и могли быть даже отстранены от своей профессии.

Традиционные способы поиска клиентов адвокатами стали меняться в середине 1960-х годов с резким увеличением числа желающих стать юристами и, соответственно, ростом конкуренции. Джон Бэйтс и Ван О'Стин, недавно допущенные к адвокатской практике в Фениксе, штат Аризона, были среди первых клиентов, изменивших старым методам поиска. Они разместили рекламу в газете «Аризона Республик», которая прямо говорила: «Вы нуждаетесь в адвокате?». Это было набрано большим и отчетливым шрифтом. Меньшим шрифтом указывалось: «Юридические услуги по очень разумным ценам». Под иллюстрацией, изображавшей весы правосудия, были размещены цены на некоторые услуги, включая разводы и банкротства.

Президент коллегии адвокатов штата лично обратился с соответствующим иском. Было вынесено решение отстранить их от практики на срок не менее шести месяцев за нарушение кодекса этики. Апелляционная инстанция Верховного суда Аризоны снизила наказание до порицания. Адвокаты посчитали, что и порицание — это слишком много для них, и передали дело в Верховный суд США. Так возникло дело Бэйтс и Ван О'Стин против Коллегии адвокатов штата Аризона (Bates and Van O'Steen v. State Bar of Arizona)8.

Решение Верховного суда США по этому делу в 1977 году открыло путь радикальным изменениям в адвокатской практике. Его логика сводилась к признанию полезности такой рекламы, которая сообщала о доступности правовой помощи для средних классов американского общества, которые могли исходить из дороговизны подобных услуг. Из доктрины коммерческой речи было выведено правило, позволяющее адвокатам рекламировать свои услуги, если они не вводят в заблуждение общественность. Был сделан вывод, что Первая поправка не должна защищать недостоверную рекламу.

Ключевым делом, определившим четкие границы так называемой доктрины коммерческой речи, в 1980 году стало дело Топливно-энер гетической компании «Центральный Гудзон» против Комиссии по коммунальным услугам Нью-Йорка (Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission)9.

Предыстория этого дела началась в 1973 году, когда арабские страны — экспортеры нефти прекратили поставку нефти в США. Реакцией на это в Нью-Йорке стал запрет Комиссии по коммунальным услугам любой рекламы электрических компаний, связанной с использовани ем электричества, в печатных и электронных средствах массовой информации. Логика в таком решении была, так как большинство производителей электроэнергии штата использовало сжигание нефтепродуктов для производства электричества. Следовательно, если бы компании продавали меньше электричества, они бы нуждались в меньшем количестве нефти. Таким образом, их реклама, рассчитанная на поиск новых клиентов или приобретение дополнительных электропри боров уже существующими потребителями, в условиях дефицита нефтепродуктов была крайне нежелательной.

Арабское эмбарго на поставку нефти в США было снято в 1974 году, однако нью-йоркский запрет на рекламу остался в силе. Компания «Центральный Гудзон», действовавшая как в своих интересах, так и в интересах других электрических компаний Нью-Йорка, обратилась в суд штата с иском о признании недействительным соответствующе го правового акта. Аргументом служило утверждение, что такой запрет нарушает защищаемое Первой поправкой право рекламировать свою деятельность.

Суд штата Нью-Йорк с этим не согласился, посчитав, что запрет не утратил своей необходимости в деле экономии нефтепродуктов. Апелляционная инстанция штата также разделила это мнение. Тогда дело было перенесено в Верховный суд США, который восемью голосами против одного выступил за отмену существовавшего запрета.

Судья Льюис Пауэл, писавший решение от имени большинства, для определения конституционности ограничений, налагаемых на рекламу, разработал своеобразный четырехуровневый тест. Чтобы коммерческие высказывания подпадали под действие Первой поправки, они как минимум должны касаться законной деятельности и не быть вводящими в заблуждение. Затем проверяется, существенны ли заявленные интересы государства. Если на оба этих вопроса даны положительные ответы, определяется, служит ли регулирование непосредственно заявленным интересам и не является ли оно более широким, чем необходимо для обеспечения этих интересов.

Ключевым в разрешении этого дела стал последний четвертый пункт. Судом было отмечено, что ограничения на рекламу электрических компаний зашли слишком далеко, что нарушило Первую поправку.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что формирование так называемой доктрины коммерческой речи (конституционно-правовой теории, применяемой к рекламе) не было простым. Ее создание потребовало почти сорока лет. При этом позиция Верховного суда США не оставалась неизменной, она постоянно развивалась и уточнялась. Можно даже сказать об известном смягчении позиции суда по отношению к рекламе на протяжении этих лет: от скептической в деле Кристенсена до весьма скрупулезной в деле компании «Центральный Гудзон».

§ 2. Специальные принципы правового регулирования рекламной деятельности в США

Интересно проследить трактовки созданного Верховным судом США четырехступенчатого теста на примере нескольких дел, которые ради удобства анализа можно разбить на три группы:

1. Реклама деятельности представителей отдельных свободных профессий, в первую очередь адвокатов.
2. Наружная реклама посредством вывесок, тумб, щитов и т. п.
3. Реклама товаров и услуг, которые в силу разных причин сами являются предметом особого правового регулирования, например, алкоголь, табачные изделия, азартные игры.

Данные особенности могут быть условно обозначены как специальные принципы правового регулирования рекламной деятельности.

Особенности рекламы адвокатских услуг

После первого адвокатского дела Бэйтса 1977 года (рассмотренного выше), сыгравшего важную роль в становлении доктрины коммерчес кой речи, Верховный суд США еще не раз возвращался к вопросу о рекламе представителей свободных профессий.

В следующем 1978 году Верховный суд США высказался по другому адвокатскому делу, возникшему из общения адвоката Примус с пациентами, которые были стерилизованы без их согласия 10. Женщина-ад вокат, будучи к тому же еще членом Американского союза гражданских свобод, посоветовала этим пациентам предъявить соответствую щие иски. Впоследствии она написала письмо одной из пациенток, в котором сообщила, что ее организация готова бесплатно представлять интересы этой пациентки против врача, выполнившего операцию, и госпиталя, разрешившего такую операцию.

Коллегия адвокатов штата признала Примус виновной в неэтичном поведении, выразившемся в неподобающем привлечении клиентов, и объявила ей выговор. Верховный суд США занял другую позицию, посчитав, что Первая поправка защищала то, что сделала адвокат Эдна Смит Примус. Более того, судья Зургуд

Маршалл отметил, что она действовала «в соответствии с высочайшими стандартами профессии», предложив свои услуги бесплатно женщине, которая в противном случае не сумела бы выиграть дело против тех, кто нарушил ее права.
В тот же день суд рассмотрел другое адвокатское дело, но уже с противоположным результатом. Это было дело Охралик против Коллегии адвокатов штата Огайо (Ohralik v. Ohio State Bar Association)11. Адвокат Альберт Охралик, узнав, что молодая женщина, с которой он был знаком, попала в автомобильную катастрофу, позвонил ее родителям, уточнил, в какой она больнице, и поехал туда, чтобы увидеться с ней. Находясь в больнице, он предложил этой женщине представлять ее интересы на основе оплаты его услуг только в случае выигрыша дела. Узнав, что женщина имела подругу, которая пострадала в той же катастрофе, он позвонил ей и сделал такое же предложение.
Оба разговора адвокат записал на магнитофон и, когда одна из женщин попыталась отклонить его услуги, использовал аудиозапись в судебном деле о нарушении договора. Коллегия адвокатов штата обвинила Охралика в неэтичном поведении. Верховный суд штата Огайо посчитал, что прямое привлечение клиентов было недопустимым и потому отстранение от адвокатской практики было оправданным. Верховный суд США полностью согласился с такой позицией.
Решения по делам Бэйтс, Примус, Охралик очертили границы разрешенного поиска клиентов. Личное непосредственное привлечение клиентов считалось недопустимым, тогда как опосредованные предложения своих услуг являлись допустимыми. Анализ разрешенной рекламной практики адвокатов в делах Бэйтс и Охралик показывает, что являются допустимыми рекламные объявления со стоимостью услуг и письма с предложениями правовой помощи, сопровождающие разговор о возможном судебном иске.
В последующих делах разрешительный подход к рекламе адвокатов был расширен. В 1982 году Верховный суд США не согласился с позицией Верховного суда Миссури по делу R.M.J.12 В этом деле адвокат был лишен права заниматься практикой, потому что не использовал в своей рекламе в точности слова, которые было предписано употребить существовавшими правилами. Цель этих правил была в предотвращении возможного обмана клиентов о спектре предоставляемых адвокатских услуг. Верховный суд США посчитал, что нельзя было ограничивать адвокатов в праве описывать свои услуги собственными словами.
Тремя годами позже, в 1985 году, Верховный суд США нанес еще один удар по практике исчерпывающей регламентации рекламы адвокатов. Это случилось в деле Заудерер против Дисциплинарного комитета Верховного суда Огайо (Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio)13.
Правила, действовавшие в Огайо, запрещали адвокатам использовать иллюстрации в их рекламных объявлениях. Филип Заудерер, адвокат, практиковавший в Колумбусе, пренебрег этим, использовав рисунок внутриматочного контрацептива в газетной рекламе, привлекая потенциальных клиентов, которые пострадали от его использования. Крупный шрифт сразу под рисунком вопрошал: «Ты использовал этот контрацептив?» Далее описывался вред, который был зафиксирован некоторыми женщинами от его использования. Реклама заканчивалась предложением адвоката представлять потерпевших на условиях оплаты его услуг только в случае выигрыша дела, например, на основе процентов от тех убытков, которые будут взысканы по решению суда. Последнее предложение говорило: «Если нет возмещения для клиента, нет и оплаты с его стороны».
Реклама, размещенная в 36 газетах, доказала свою высокую эффективность, вызвав более чем 200 обращений. В результате Заудерер получил 106 клиентов — женщин, интересы которых представлял в суде. Реклама также привлекла внимание Дисциплинарного комитета, принесшего его дело в Верховный суд Огайо, который вынес ему общественный выговор.
Верховный суд США посчитал, что все, кроме последнего предложения, защищается Первой поправкой. Особо суд прошелся по запрету в отношении иллюстраций: было отмечено, что они выполняют важную коммуникативную функцию, привлекая внимание публики. Сделан вывод, что визуальная информация имеет право на конституционную защиту в соответствии с четырехступенчатым тестом, выработанным в деле «Центральный Гудзон».
Однако последнее предложение рекламы было признано вводящим в заблуждение, так как оно подразумевало, что клиенты не должны платить адвокату ничего, если он не сумеет выиграть их дело. В действительности же клиенты, нанимающие адвоката на условиях оплаты лишь в случае выигрыша, должны нести определенные затраты, связанные с подготовкой их дела, а также могут быть ответственны и

за судебные издержки. Суд посчитал, что необходимо было провести ясное различие между вознаграждением адвоката и накладными расходами, которые обычно возлагаются на клиента.
В 1988 году Верховный суд США еще раз высказался по вопросу об адвокатской рекламе в деле Шаперо против Коллегии адвокатов штата Кентукки (Shapero v. Kentucky Bar Association)14. Проблему вызвали письма адвоката Ричарда Шаперо из Луисвилля, направленные людям, чьи заложенные дома были лишены права выкупа. Суд посчитал, что эти письма были адресованы людям, которые нуждались в узкоспециализированной юридической помощи, и предоставил им защиту Первой поправкой от дисциплинарного взыскания за неэтичное привлечение клиентов.
Это решение настолько расширило допустимость рекламы адвокатов, выработанную в деле Примус, что трое из девяти судей Верховного суда США, включая его Председателя, выступило с особым мнением. Их позиция сводилась к опасности превращения профессии адвоката в деятельность, ничем не отличающуюся от других видов работ. Эти судьи не усмотрели существенной разницы между личной непосредственной рекламой и персональным письмом.
Большинство судей заняло другую позицию. Они взяли за основу дело Заудерера, посчитав, что не существует различия между газетной рекламой, нацеленной на особую аудиторию, и персонифицирован ными письмами, направленными на известных членов такой аудитории.
В 1990 году Верховный суд США столкнулся с еще одним делом адвоката. Это было дело Пил против Комиссии по регистрации адвокатов и дисциплине штата Иллинойс (Peel v. Attorney Registration and Disciplinary Commission of Illinois)15.Проблему создали следующие строчки письма адвоката Гарри Пила из Эдвардсвилля: «Сертифици рованный специалист по гражданским делам Национальной коллегии судебных адвокатов имеет лицензии на практику в штатах Иллинойс, Миссури и Аризона».
Верховный суд штата Иллинойс по жалобе Комиссии по регистрации адвокатов и дисциплине признал такую рекламу вводящей в заблуждение, потому что не существовало никакой обязательной сертификационной процедуры применительно к адвокатам. Кроме того, суд посчитал, что такое письмо создает у общественности мнение, что Пил был лицензирован как специалист по гражданским делам в трех штатах (никакой особой лицензии по гражданским делам не существовало).
Верховный суд США пятью голосами против четырех признал, что подобная реклама в письме не вводила в заблуждение потенциальных клиентов. Было выяснено, что Национальная коллегия судебных адвокатов как общественная организация была создана в 1977 году для специальной подготовки и сертификации судебных адвокатов. Она выдавала сертификаты сроком на пять лет, которые могли быть получены только после прохождения специального курса подготовки. Поэтому суд посчитал, что Пил просто указал на этот факт, говоря о своей сертификации, подразумевая свою углубленную подготовлен ность к ведению гражданских дел. Суд исходил из того, что люди, нанимающие адвоката, не видят различий между сертификатом и лицензией применительно к адвокатам, а значит, и не могут быть введены в заблуждение данным письмом, которое корректно распростра няет фактическую информацию.
Это судебное решение открыло дорогу достаточно агрессивной тактике адвокатов в деле привлечения клиентов. Так, например, в 1992 году сильно пострадавший после авиакатастрофы в Ивансвилле (штат Индиана), но оставшийся в живых пассажир рассказал представите лям Коллегии адвокатов штата Индиана, что он и его семья сразу после авиакатастрофы получили телефонные звонки, письма и даже видеокассеты от одиннадцати юридических фирм16. Присланные кассеты содержали интервью с другими жертвами катастроф, рассказывавшими о делах, которые они выиграли с помощью этих фирм. Все это привело к тому, что Комиссия по дисциплине адвокатов Верховного суда Индианы обвинила четыре наиболее агрессивные фирмы в нарушении соответствующих правил, а в отношении остальных продолжила свое расследование их практики поиска клиентов.
Верховный суд штата Нью-Джерси наложил санкции на адвокатов, занимавшихся рассылкой «сладкоречивых» и «возможно вводящих в заблуждение» писем оставшимся в живых жертвам происшествий 17.
Верховный суд штата Флорида не усмотрел нарушений в правилах, запрещавших адвокатам заниматься драматизацией действитель ности в своей рекламе, а также устанавливавших тридцатидневный срок после происшествия, в течение которого

адвокатам запрещалось обращаться по почте к потерпевшим с предложением своей помощи по делам о причинении вреда жизни или здоровью 18.
Таким образом, можно сделать вывод о том, что позиция американских судов применительно к рекламе адвокатов имеет свои особенности. Специфика этого подхода условно может быть обозначена как признание особого статуса юридической профессии, налагающей повышенные требования на ее членов. Видимо, только этим можно объяснить некоторую строгость судебных органов по отношению к рекламе адвокатских услуг. Это показывает динамика дел: от либерального подхода в конце 1970-х годов (например, дело Бэйтса) до достаточно сдержанного в 1990-е годы. Можно высказать предположение, что судебные органы могли бы занять аналогичную позицию и по отношению к рекламе некоторых других профессий, например врачей. Дела адвокатов в судебной практике доминируют, думается, лишь по причине специфики самой профессии, которая является самодостаточной с точки зрения отстаивания своих интересов без посторонней помощи.

Особенности наружной рекламы

Вскоре после того, как Верховный суд США впервые столкнулся с рекламой адвокатов в 1977 году в деле Бэйтса и признал, что она защищается Первой поправкой, он оказался перед аналогичным вопросом в деле о наружной рекламе. Это было дело Линмарк против города Вилингборо (Linmark Associates v. Township of Willingboro)19.
В этом городе штата Нью-Джерси были запрещены объявления «Продается» или «Для продажи» на лужайках рядом с жилыми домами. Это правило было введено, чтобы предотвратить панику продаж среди белых собственников домов, которые были обеспокоены снижавшей ся стоимостью их недвижимости из-за резкого увеличения числа чернокожего населения в этом городке.
Суд посчитал такое правило неконституционным, так как собственни ки домов традиционно используют такие знаки, чтобы сообщить окружающим о своем желании продать недвижимость. Конечно, существуют другие способы рекламы, но они более дорогие и не такие эффективные.
Мнение суда по этому делу не было единогласным. Кроме того, было отмечено, что наружная реклама в принципе может регулироваться, если существует непреодолимая нужда в этом. В данном случае суд посчитал, что такой острой необходимости не было. Это дело стало первым в серии решений, когда судебные органы пытались разобрать ся, насколько далеко могут зайти местные власти в регулировании наружной рекламы.
Следующий спор о наружной рекламе возник в 1981 году в деле «Метромедиа» против города Сан-Диего (Metromedia, Inc. v. City of San Diego)20. В этом городе штата Калифорния был принят правовой акт, фактически запретивший большинство рекламных щитов, аргументи рованный целями «устранить опасности для пешеходов и автомобили стов, связанные с отвлечением их внимания» и «сохранить и улучшить внешний облик города». Это правило не вызвало возражений у Верховного суда штата Калифорния.
Позиции же членов Верховного суда США разделились так сильно, что единственным вопросом, по которому большинство достигло согласия, оказалось признание факта нарушения Первой поправки. Было отмечено, что можно регулировать или запрещать наружную рекламу, только если это обусловлено важными причинами и сделано справедливо и беспристрастно.
При аргументации причин такого решения к единому консолиди рованному мнению смогло прийти не более чем по три судьи Верховного суда США. Так, трое из девяти судей сошлось во мнении, что недостатком рассматриваемого правового акта был частичный (а не полный) запрет на вывески и рекламные щиты. Так, например, коммерческим организациям разрешалось воздвигать рекламные знаки и щиты на своей территории, описывающие их товары или услуги. Допустимыми также являлись исторические мемориальные доски, религиозные символы, информационные знаки на автобусных остановках, а также информация о времени, температуре воздуха и новостях. Таким образом, была обнаружена дискриминация по отношению к другим видам коммерческой и некоммерческой рекламы.
Двое других судей (Бреннан и Блэкмен), согласившись с тем, что город мог запретить все вывески и рекламные щиты, не отвечавшие дорожной безопасности или эстетическим требованиям, посчитали, что городские власти не доказали, что «рекламные щиты действитель но вредили дорожной безопасности» и что был существенный интерес в защите эстетических ценностей.

Трое других судей не обнаружили недостатков в правовом акте Сан-Диего, причем по разным причинам. Председатель суда Бургер посчитал, что опасно вторгаться в компетенцию местных властей. Судья Стивенс разделил аргументы городских властей об отсутствии дискриминации. Судья Рехнкуст определил, что эстетические требования уже сами по себе оправдывали запрет на рекламные щиты.

В течение короткого времени судьи сумели согласовать свои различные (а порой и противоположные) точки зрения и оказали поддержку правовому акту Лос-Анджелеса, запрещавшему размещение рекламы на муниципальной собственности. Это имело место в деле члены городского совета против налогоплательщиков в поддержку Винсента (Members of City Council v. Taxpayers for Vincent)21.

Все началось с того, что Роланд Винсент решил выставить свою кандидатуру в городской совет. Его предвыборная кампания включала в себя размещение информации о кандидате на столбах, являвшихся муниципальной собственностью, с которых она благополучно удалялась соответствующими служащими, отвечавшими за внешний вид города.

Город отстаивал право защищать свой эстетический облик путем запрета любых подобных средств рекламы. Винсент полагал, что его политическая агитация, конечно, защищается Первой поправкой и потому не могла быть ограничена. Суд посчитал, что интерес Винсента в данной ситуации мог быть принят во внимание только в случае, если он сумел бы доказать, что других реальных возможностей в предвыборной борьбе он не имел. Суд не увидел таких доказательств в деле.

Анализ последующих дел о наружной рекламе показывает, что судебные органы руководствуются, главным образом, сан-диеговским делом, несмотря на фрагментарный характер его решения. Можно сказать, что ограничения и запрещения наружной рекламы поддержива ются, если они носят недискриминационный характер и имеют под собой существенное обоснование. Суды всячески поддерживают эстетические требования. Например, Верховный суд штата Арканзас поддержал правовой акт, определяющий размер и место размещения рекламного щита, несмотря на то, что были представлены доказатель ства, свидетельствующие, что эти правила увеличили расходы рекламодателей более чем на пятьдесят процентов 22.

Однако рекламная индустрия не складывает оружия. В ответ на усиление правового пресса на местном уровне в отношении наружной рекламы заинтересованные лица возбуждают соответствующие дела в судах. Так, например, поступили в Клирвотере и Джексонвилле штата Флорида, а также Винстоне-Салеме штата Северная Каролина, потребовав от местных властей компенсации финансовых потерь от убранных рекламных щитов23. Аргументация здесь строится на Пятой поправке, запрещающей изъятие частной собственности без соответствующей компенсации.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что в правовом регулировании наружной рекламы особую роль играют соображения эстетичности и безопасности для окружающих, рассматриваемые через призму отсутствия дискриминации. Кроме того, данная проблема поднимает вопрос о границах вмешательства местных властей (их компетенции) в регулирование рекламной деятельности.

Особенности рекламы регулируемых товаров и услуг

По различным причинам отдельные товары и услуги, их продажа и распространение являются предметом специального правового регулирования вплоть до полного запрещения их реализации. Наиболее ярким примером здесь являются алкогольные напитки. В начале двад цатого века обеспокоенность их чрезмерным потреблением привела в США к принятию в 1919 году Восемнадцатой поправки к Конституции, запретившей их изготовление и потребление. Данная поправка нарушалась так часто, что в 1933 году она была аннулирована специально принятой Двадцать первой поправкой. Однако каждый штат сохранил за собой право регулировать отношения в сфере оборота алкогольной продукции вплоть до полного его запрета. По этой причине (возможности такого регулирования, вытекающего прямо из Конституции) судебные органы считали, что реклама алкогольных напитков может быть предметом более строгого внимания по сравнению с другими видами коммерческой информации.

Иные товары и услуги, считающиеся также далеко не полезными, не были предметом принятия конституционных поправок, но тем не менее регулировались с не меньшим энтузиазмом. Это относилось к табачным изделиям, оружию, функционированию казино и даже публичных домов.

Еще задолго до окончательного оформления доктрины коммерчес кой речи, признавшей защиту Первой поправки применительно к рекламе, в конце 1960-х годов главный хирург США пришел к выводу, что курение причиняет серьезный вред здоровью. В это время табачные корпорации были главными телевизионными рекламодателями, тратя около 250 миллионов долларов в год только на рекламу. Молодой адвокат из Нью-Йорка Джон Банзхаф воспринял предупреждение главного хирурга США как руководство к действию и добился от Федеральной комиссии по связи принятия правовых актов, требовавших сопровождать табачную рекламу предупреждением об опасности курения для здоровья 24. Это получило название доктрины честности в табачной рекламе.

Такие меры привели к значительному падению реализации сигарет. В 1969 году, когда Конгресс принял закон, запрещавший табачную рекламу «в любых электронных средствах массовой информации, находящихся в юрисдикции Федеральной комиссии по связи», табачные корпорации не сопротивлялись этому25. Верховный суд США напрямую не сталкивался с делами по табачной рекламе, но он уже имел опыт в отношении рекламы алкогольных напитков и деятельности казино.

В отношении алкогольной рекламы суды обычно занимали позицию, оправдывающую регулирование продажи и рекламы алкоголя ссылками на Двадцать первую поправку. В известном деле компании «Квинсгэйт» против Комиссии по контролю за алкогольной продукцией (Queensgate Investment Co. v. Liquor Control Commission)26 Верховный суд штата Огайо посчитал, что Двадцать первая поправка и интерес штата в минимизации потребления алкоголя оправдывали запрет на указание цен в рекламе спиртных напитков в местах, не торгующих алкоголем. Таким образом, можно сделать вывод о том, что данная поправка играет определенную роль в конституционности ограничений, которые ранее Верховным судом США признавались недопустимыми по многим другим аналогичным делам, не связанным со спиртным.

Однако в другом деле, когда штат Оклахома попытался запретить рекламу любого алкогольного напитка крепче 3,2%, власти штата столкнулись с проблемами в Верховном суде США. Спорный правовой акт требовал от печатных средств массовой информации, расположенных на территории штата, следовать новым правилам. Это же требовалось от электронных средств массовой информации, находящихся под юрисдикцией Оклахомы, которые ретранслировали алкогольную рекламу, передаваемую материнскими компаниями из других мест США. Также новые правила затрагивали электронные средства массовой информации, расположенные на территории соседних штатов и вещавшие на Оклахому. Проблемы возникали и у печатных изданий, выходивших в свет вне Оклахомы, но распространявшихся на ее территории, если они имели алкогольную рекламу.

Но самую большую проблему властям штата создало кабельное телевидение, региональные офисы которого занимались ретрансляци ей программ, создаваемых вдали от Оклахомы, с рекламой спиртных напитков. Их тронуть не решались, в то время как в отношении остальных электронных средств массовой информации требовали соблюдения новых правил. Когда же у прокурора штата руки дошли и до них, они, объединившись с другими электронными средствами массовой информации, обратились в суд. Так возникло дело Ассоциации телевещателей штата Оклахома против Криспа (Oklahoma Telecasters Association v. Crisp)27.

Районный суд признал правовой акт неконституционным, но в 1983 году апелляционная инстанция десятого окружного суда отменила это решение. Она указала, что из Двадцать первой поправки и дела компании «Квинсгэйт» вытекает, что интерес штата в регулировании алкогольной рекламы можно признать существенным согласно тесту, выработанному в деле компании «Центральный Гудзон». Следователь но, такое регулирование преодолевает ценность Первой поправки, которая в данном случае не защищает рекламу.

При дальнейшем обжаловании решения Верховный суд США в 1984 году принял сторону телевещателей 28, но сделал это, не затрагивая Первой поправки. Суд отметил, что работа кабельного телевидения регулируется федеральным законодательством, которое требует ретрансляции в неизменном от первоисточника виде. Таким образом, суд посчитал, что штат Оклахома не мог вторгаться своим регулировани ем в компетенцию федерального центра.

Через год оклахомские радиовещатели с присоединившимися к ним газетами обратились в суд снова, так как правовой акт продолжал действовать применительно к их деятельности. Именно так в 1986 году возникло дело Ассоциации радиовещателей штата Оклахома против Криспа (Oklahoma Broadcasters

Association v. Crisp)29. В нем суд признал правовой акт неконституционным, указав, что он имеет слишком много недостатков и нарушает принцип равенства, закрепленный в Четырнадцатой поправке.
Суд обнаружил двадцать семь способов, которыми алкогольная реклама достигала территории Оклахомы, и поэтому признал несправед ливым запрет на рекламу только в двух видах средств массовой информации. В то же время суд повторил позицию десятого окружного суда в отношении взаимодействия Первой поправки и рекламы спиртных напитков. Был сделан ясный вывод о том, что правовое регулирова ние, применяемое ко всем без исключения средствам массовой информации, должно поддерживаться как допустимое. Такую позицию четко занял пятый окружной суд, поддерживая правовой акт, принятый в Миссисипи, запрещавший рекламу спиртного на территории этого штата. В этом деле Дунагин против города Оксфорда (Dunagin v. City of Oxford, Miss.)30 суд отверг аргумент, что правовой акт нарушал принцип равенства.
Некоторое время спустя Верховный суд США выраженно признал, что реклама деятельности, которая сама является предметом особого регулирования (речь шла о казино), может быть запрещена в любом средстве массовой информации согласно несколько смягченной концепции, выработанной в известном деле компании «Центральный Гудзон».
Проблему создал правовой акт Пуэрто-Рико, запрещавший рекламу азартных игр в казино, предназначавшуюся для местных жителей. При этом реклама казино в средствах массовой информации и гостиницах, рассчитанных на туристов, была допустима. Так возникло дело Посадас против Туристической Ассоциации Пуэрто-Рико (Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico)31. Посадас, работавший в гостинице Сан-Хуана, дважды оштрафованный за нарушение местного закона, обратился в суд с требованием о признании этого правового акта неконституционным. Суды не усмотрели нарушения Конституции в данном случае.
Верховный суд США согласился пятью голосами против четырех с такой оценкой постановлений нижестоящих судов. Судья Рехнкуст, написавший решение от имени большинства судей и использовавший дело компании «Центральный Гудзон», отметил:
1. Реклама не была обманчивой или вводящей в заблуждение, имела место реклама законной деятельности. Следовательно, Первая поправка применима к данной ситуации.
2. В правовом акте преследовалась цель снижения распространения азартных игр среди местных жителей. «Очевидно, что цели законодательного органа Пуэрто-Рико в обеспечении здоровья, безопасности и благосостояния граждан можно признать существенным интересом».
3. Законодательное ограничение нельзя признать чрезмерным, так как рекламная информация о работе казино предоставлялась постояльцам отелей в соответствующих буклетах.
Большинство судей отметило, что местное законодательство могло бы вообще запретить азартные игры в казино. Вместо этого было решено лишь не поощрять популярность казино среди местного населения, что было сделано в пределах законодательных полномочий Пуэрто-Рико. Суд принял во внимание, что некоторые другие виды азартных игр были легальны в Пуэрто-Рико и законодательство никак не ограничивало их рекламы. Так, например, допускались лотереи, пари на скачках и петушиных боях для местных жителей.
Судья Рехнкуст провел различие между этими традиционными для Пуэрто-Рико азартными играми и деятельностью казино, которые были предназначены для туристов с континентальной части США. Судья отметил, что законодательный интерес в предотвращении вовлечения местного населения в более сложные азартные игры является достаточным оправданием, чтобы соответствовать тесту, выработанному в деле компании «Центральный Гудзон».
Судьи, оставшиеся в меньшинстве, выразили озабоченность тем, что суд терпимо отнесся к ограничениям на рекламу легальной деятельности, а также запрету одних и разрешению других средств рекламы. Справедливости ради следует отметить, что решение по делу Посадас пока не играет такой ключевой роли, как решение по делу компании «Центральный Гудзон», хотя, конечно, можно говорить о том, что пуэрто-риканское дело предложило более мягкую трактовку известного теста на конституционность. Несмотря на прогнозы о том, что дело Посадас откроет дорогу попыткам запретить рекламу других вредоносных товаров (и в

первую очередь, сигарет и жевательного табака)32, принятия таких правовых актов не произошло.
В других решениях, которые суд принимал по рекламе, он руководствовался тем, что реклама может ограничиваться и даже запрещаться, если существуют достаточно веские причины для этого и избранные меры регулирования не являются чрезмерными. Подход, который начал складываться еще до дела Посадас, сводился к тому, что важность преследуемых целей являлась, по-видимому, достаточным оправданием для правового регулирования рекламы отдельных видов товаров или услуг.
Так, в 1982 году, за четыре года до дела Посадас, суд пришел к выводу, что можно регулировать вывески на магазинах и рекламу, связанную с ними, чтобы не поощрять использование неразрешенных медицинских препаратов. Судья Маршалл, написавший решение от имени суда, отметил, что информация, распространяемая с незаконными целями, может регулироваться и даже полностью запрещаться 33. В деле Посадас произошло распространение этого правила на услуги, которые, хотя и были законными, могли бы быть запрещены.
С другой стороны, суд негативно отнесся к законам, принятым во времена более пуританских взглядов, которые запрещали рекламу презервативов. В этой связи надо отметить, что до середины двадцатого века во многих штатах вообще была запрещена продажа презервативов и других средств по контролю за рождаемостью. Федеральный закон отразил дух этого времени, запретив почтовую рекламу презервати вов, но в 1983 году данный правовой акт был признан нарушающим доктрину коммерческой речи. Представители почтового ведомства утверждали, что некоторые люди могли счесть себя оскорбленными, получив подобную рекламу средств по контролю за рождаемостью по почте. Парируя этот аргумент, судья Маршалл отметил, что в таком случае они могут закрыть глаза и выкинуть эту рекламу в мусорную корзину34 .
Общие выводы, которые можно сделать из анализа вышерассмот ренных дел, сводятся к тому, что если продажа товара или оказание услуги являются предметом особого регулирования или даже запрета, то и реклама может ограничиваться или запрещаться. Такое умозаключение просматривалось в ранних делах и стало очевидным в решении большинства судей по делу Посадас. Запрет табачной рекламы в электронных средствах массовой информации был основан на том факте, что эти средства сами являются объектом пристального внимания федерального законодательства. Ограничения на рекламу спиртных напитков выводились из Двадцать первой поправки. При этом один федеральный окружной суд высказался по этому поводу в том духе, что запрет на рекламу алкогольных напитков должен применяться ко всем без исключения средствам массовой информации, в противном случае возникнут проблемы с принципом равенства, закрепленным в Четырнадцатой поправке 35. Позиция Верховного суда США в этой связи неизвестна, так как он напрямую не сталкивался с данной проблемой.

Современные тенденции правового регулирования рекламной деятельности

Заключая вопрос правового регулирования рекламной деятельнос ти в США, хочется остановиться на четырех наиболее значительных делах 1990-х годов. Эти дела дают представление о последних тенденциях в конституционной доктрине применительно к рекламе. Ни одно из этих дел не связано с вводящей в заблуждение рекламой или рекламой незаконных товаров или услуг. Таким образом, они конкретизиру ют подход Верховного суда США к конституционности ограничений, налагаемых на отдельные виды рекламы. Вопросы недостоверности в рекламе уже не вызывают интереса у высшей судебной инстанции страны, по-видимому, ввиду очевидности отсутствия их конституционной защиты.
Первое дело Цинцинатти против компаний «Дискавери» и «Хармон» (Cincinnati v. Discovery Network Inc.)36 было связано с иском города к двум компаниям, одна из которых («Дискавери») издавала журналы, в которых рекламировались образовательные курсы для взрослого населения, а другая («Хармон») — распространяла журнал с рекламой продающейся недвижимости. В целях снижения столпотворения людей на тротуарах рядом с перекрестками из-за расположенных там многочисленных лотков с товарами, продающимися в розницу, городские власти запретили распространение коммерчес кой печатной продукции на таких лотках. Аргументом служило то, что коммерческая информация в данном случае имеет невысокую важность и потому не пользуется полной защитой Первой

поправки. Кроме того, власти полагали, что запрет, с точки зрения места, способа и времени, был адекватным.
И нижестоящие суды, и Верховный суд США шестью голосами против трех в 1993 году не согласились с такой позицией. В судебном решении было признано, что интерес города в принципе оправдывал регулирование, однако оно давало малый эффект с точки зрения заявленных целей. Суд посчитал, что не было разумного соответствия между преследуемыми целями и достигнутыми результатами. Вряд ли решением проблемы могло служить устранение с улиц города 62 новых развалов с печатной продукцией, принимая во внимание, что порядка 1500—2000 таких лотков продолжало оставаться. Не существовало принципиальных различий в эстетическом облике или функциональном назначении устраняемых и сохраняемых лотков. Единственным оправданием решения городских властей служило их мнение, что коммерческая речь, согласно Первой поправке, пользуется гораздо меньшей защитой. Судья Стивенс даже указал на то, что, по его мнению, город серьезно недооценил важность коммерческой речи.
Во втором известном деле девяностых годов Эденфилд против Фэйна (Edenfield v. Fane)37 Верховный суд США в 1993 году признал неконституционным правовой акт штата Флорида, запрещавший сертифицированным бухгалтерам предлагать свои услуги клиентам напрямую в личной форме, когда те об этом не просили. Флорида пыталась защищаться ссылками на дело Охралика, в котором была признана допустимость запрета личного предложения адвокатских услуг. Но восемью голосами против одного суд с этим аргументом не согласился, признав отличие бухгалтеров от адвокатов.
Штат доказывал, что целями правового регулирования было желание предотвратить возможный обман клиентов, защитить их от назойливых предложений, поддержать независимость и достоинство бухгалтерской профессии. Верховный суд США согласился с тем, что власти штата могли преследовать такие цели, но признал их регулирование неэффективным и спекулятивным. При этом было отмечено, что дело Охралика не может являться примером для подражания из-за разности положений адвоката и бухгалтера. Типичный клиент бухгалтера менее впечатлителен, по сравнению с клиентом адвоката, который хватается за него как за спасительную соломинку.
Третье дело девяностых годов компании «Эдж Бродкастинг» против Соединенных Штатов (Edge Broadcasting Co. v. U.S.)38 было связано с запретом федерального законодательства на рекламу лотерей в радио- и телепередачах. Такой запрет действовал около полувека и даже не был предметом критического обсуждения до быстрого развития лотерей в последние двадцать лет. Федеральное законодательство предоставляло право штатам, где лотереи были запрещены, не разрешать их рекламу.
Недовольство федеральным регулированием возникло у одной радиостанции Северной Каролины, располагавшейся в трех милях от границы с Вирджинией и имевшей в этом соседнем штате более чем 90% радиослушателей. Дело было в том, что Вирджиния имела у себя лотерею, а Северная Каролина — нет. Радиостанция хотела давать в эфир рекламу разрешенной лотереи Вирджинии, располагаясь в «нелотерейной» Северной Каролине, ориентируясь на большинство своих слушателей. Суд первой инстанции поддержал радиостанцию, учтя географические особенности ситуации.
Но Верховный суд США в 1993 году с этим не согласился 39. Судья Уайт, написавший решение от имени большинства судей (голоса разделились — семь против двух), отметил, что анализ обстоятельств дела судом первой инстанции был прекрасен до вопроса: содействовал ли запрет целям, заявленным властями? Вопрос при этом не стоял в плоскости соответствия запрета интересу штата применительно к одной радиостанции, необходимо было проанализировать, насколько запрет способствовал интересу штата в защите всех жителей Северной Каролины от рекламы лотерей на всех радио- и телестанциях штата. При этом соответствие между вводимым ограничением или запретом и интересом властей должно быть разумным. Уже нет необходимости устанавливать идеальность такого соотношения, о чем было ранее сказано в другом деле40. Верховный суд США счел разумным такое соответствие, а потому не поддержал радиостанцию.
В 1995 году в деле Рубин против пивоваренной компании «Коорс» (Rubin v. Coors Brewing Co.)41 Верховный суд США признал незаконными федеральные правила, ограничивавшие содержание информации, которая может быть помещена на пивной этикетке. Эти требования запрещали пивоваренным компаниям указывать содержание алкоголя на своей продукции. Однако такая информация могла

размещаться на этикетках различных спиртов и даже являлась обязательной на некоторых винных этикетках.
Защищая действовавшие правила, правительство указывало, что их целью являлось предотвращение возможных ажиотажных войн пивоваров, которые могут использовать крепость своей продукции как аргумент в привлечении покупателей (особенно молодых), ориентирующихся в своем выборе, главным образом, на содержание алкоголя в пиве и солодовых напитках. Таким образом, по мнению властей, правильно не разрешалось публиковать информацию, которая помогает захмелеть за меньшее время.
Верховный суд США занял противоположную позицию. Аналогичное решение двумя годами ранее вынес десятый окружной суд по делу компании «Адолф Коорс» против Бенстена (Adolph Coors Co. v. Bensten)42.
При судебном разбирательстве все члены суда были единодушны в том, что преследуемые цели были важными, но правовое регулирова ние не приводило напрямую к ожидаемым результатам (снижение употребления спиртного). Проблема заключалась в противоречивости правил, запрещавших указание процентного содержания алкоголя на пиве и разрешавших или даже требовавших такой информации для других спиртных напитков. Кроме того, что нельзя было указывать на этикетке, допускалось сообщать в рекламе. Следовательно, была очевидна нерациональность или неразумность подобных правил.
Таким образом, подводя итоги, можно сделать вывод о том, что так называемая доктрина коммерческой речи претерпевает определен ные изменения с течением времени. Судебная практика постепенно заняла скептическую позицию по отношению к несущественным и капризным попыткам властей регулировать рекламную деятельность. Признана возможность ставить заслон на пути у недостоверной рекламы и рекламы незаконной деятельности. В отношении же остальной рекламы ограничения и запреты могут вводиться только при соблюдении ряда условий: имеется существенный интерес государства в правовом регулировании, оно дает прямую выгоду этому интересу, существует разумное соответствие между преследуемыми целями и избранными способами.
Отдельные виды рекламы обладают своими особенностями. Более строгий подход применяется к рекламе представителей отдельных профессий, главным образом адвокатов и врачей. Реклама услуг слесарей, электриков, преподавателей музыки не вызывает такого интереса 43. Также повышенные требования предъявляются к рекламе товаров и услуг, которые сами по себе являются предметом особого правового регулирования.
В отношении же наружной рекламы обычно исходят из эстетичес ких требований и соображений безопасности, преломляя их через принцип равенства и трепетно относясь к компетенции местных органов власти. Вряд ли можно назвать это повышенными требованиями, скорее, речь идет лишь о специфике причин и мотивов того или иного решения.

§ 3. Конституционные основы законодательства о рекламе в европейских государствах

На европейском континенте конституционная доктрина о коммерческой информации имеет свои особенности. Прежде всего стоит упомянуть о попытке европейских государств найти единообразную концепцию рекламы. Это делает Европейский Суд по правам человека через толкование Европейской конвенции о правах человека и основных свобод44.
Эта Конвенция поручает обеспечение закрепленных в ней прав прежде всего каждому из договаривающихся государств. Но созданные на ее основе органы вносят свой вклад в решение задачи, хотя и могут действовать только в рамках процедур решения споров и только после того, как будут исчерпаны все внутренние средства защиты.
По этим причинам сначала целесообразно проанализировать саму Конвенцию, а потом имеющуюся по ней судебную практику, отдельно остановившись на современных ее тенденциях.
Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод является международно-правовым документом, обладающим довольно эффективным механизмом реализации и закрепляющим право на свободу выражения своего мнения.
Это право является, пожалуй, наиболее широко признаваемым правом человека. Проведенный в 1978 году обзор конституций 142 стран мира показал, что 124 из

них, или 87,3%, закрепляют гарантию свободы выражения своего мнения. Для сравнения, лишь 66 конституций, или 46,5%, запрещают пытки и жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения или наказания 45. Право на свободу выражения своего мнения является не только одним из главных устоев западной демократии, но и необходимым условием для осуществле ния многих других прав и свобод46.

Статья 10 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод гласит:

«1. Каждый человек имеет право на свободу выражать свое мнение. Это право включает свободу придерживаться своего мнения и свободу получать и распространять информацию и идеи без какого-либо вмешательства со стороны государственных органов и независимо от государственных границ. Настоящая статья не препятствует государствам осуществлять лицензирование радиовещательных, телевизионных или кинематографических предприятий.

2. Осуществление этих свобод, налагающее обязанности и ответственность, может быть сопряжено с формальностями, условиями, ограничениями или санкциями, которые установлены законом и которые необходимы в демократическом обществе в интересах государственной безопасности, территориальной целостности или обществен ного спокойствия, в целях предотвращения беспорядков и преступле ний, для охраны здоровья и нравственности, защиты репутации или прав других лиц, предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально, или обеспечения авторитета и беспристра стности правосудия».

Надо отметить, что статьи 8—11 Конвенции имеют аналогичную структуру. В пункте 1 каждой из них называются основные права, подлежащие защите (право на уважение частной и семейной жизни, жилища и корреспонденции — статья 8; право на свободу мысли, совести и религии — статья 9; право на свободу выражения своего мнения— статья 10; право на свободу мирных собраний и свободу ассоциации — статья 11). Затем в пунктах 2 перечисляются определенные основания, на которые Договаривающиеся Государства могут ссылаться для обоснования ограничений, налагаемых на осуществление этих прав. Хотя статья 10 в целом следует этому принципу, она имеет некоторые особенности, которые заключаются в предоставлении государствам более широких возможностей действовать по своему усмотрению при ее применении, чем в случае положений других статей. Прецедентное право подтверждает такое толкование статьи 10.

Европейский Суд по правам человека (Страсбургский суд) впервые обозначил свою позицию по вопросу применимости положений статьи 10 к рекламной информации при рассмотрении дела Бартхольд против Германии (Barthold v. Germany)47. В этом деле заявитель, являющийся хирургом-ветеринаром, дал интервью журналисту гамбургской газеты по вопросу о наличии в этом городе служб скорой ветеринар ной помощи. Несколько других ветеринаров направили в свои профессиональные ассоциации жалобы, поскольку практически данное интервью представляло собой «рекламу», что противоречило нормам профессионального поведения, применимым к ветеринарам и другим лицам свободных профессий. Ассоциация добилась судебного решения против заявителя, запрещавшего ему повторять указанные заявления для прессы. Заявитель высказал претензию о том, что данный запрет нарушает его право на свободное выражение своего мнения в соответствии со статьей 10.

Суд счел, что он не должен каким-либо образом определять характер выражения заявителем своего мнения для того, чтобы принять решение по данному делу, указав, что «статья 10 является применимой и что нет необходимости исследовать в данном случае, подпадает ли рекламная деятельность как таковая под действие гарантии, обеспечиваемой данным положением» 48. Логика решения состояла в признании невозможности отделения информационной составляющей интервью от манеры его изложения, обеспечившей рекламный эффект. Суд посчитал, что сутью выступления ветеринара было выражение мнения и передача информации по вопросу, представляющему общий интерес49 .

Затем Суд перешел к рассмотрению действий государства с учетом ограничений, содержащихся во втором пункте, и заявил, что они не являются «необходимыми в демократическом обществе» «для защиты прав других лиц», в результате чего они приводят к нарушению положений статьи 10 Конвенции 50.

Следующим значимым прецедентом в практике Суда было дело издательской фирмы «Маркт интерн» и ее главного редактора Клауса Бирмана против Германии (Markt Intern and Beerman v. Germany). Издательская фирма пыталась защищать, в частности с помощью своих публикаций, интересы мелких и средних предприятий от конкуренции со стороны крупных компаний-дистрибьютеров. В своей статье

Клаус Бирман рассказал о случае, когда одна английская фирма, торгующая по заказам, делаемым по почте, не вернула деньги покупателю, который был неудовлетворен качеством одного из поставляемых данной компанией продуктов. В дополнение к этому, а также с тем, чтобы дать оценку коммерческой деятельности этой фирмы, специализированным розничным торговцам было предложено информиро вать компанию «Маркт интерн» о любых подобных случаях. Данная английская фирма возбудила дело и потребовала от «Маркт интерн» воздержаться впредь от различных подобных заявлений.

Федеральный суд счел, что заявления, явившиеся предметом спора, противоречили «честной практике» и, таким образом, явились нарушением положений раздела 1 Закона о недобросовестной конкуренции от 1909 года. В своем решении Европейский Суд по правам человека отметил, что статья, явившаяся предметом спора, несомненно, была ориентирована на ограниченный круг торговцев и прямо не касалась широкой общественности; вместе с тем в ней передавалась информация коммерческого характера. Такая информация не может быть исключена из сферы действия положений пункта 1 статьи 10.

Поскольку было принято решение о применимости пункта 1 статьи 10, Суду пришлось рассмотреть вопрос о том, был ли судебный запрет, наложенный Федеральным судом, совместимым с требовани ями, изложенными в пункте 2 статьи 10. Суд счел, что оспариваемое решение было направлено на защиту репутации и прав других лиц, что является законной целью согласно пункту 2 статьи 10.

Наконец, Суд должен был рассмотреть вопрос о том, было ли вмешательство «необходимым в демократическом обществе». Суд сослался на определенную свободу толкования, которую государства сохраняют для оценки наличия и степени необходимости вмешательства, и заявил, что он вынужден ограничиться рассмотрением вопроса о том, были ли меры, принятые на национальном уровне, оправданными в принципе и соразмерными. В целях определения этой соразмерности он должен был рассмотреть публикацию данной информации с учетом требований, касающихся защиты репутации и прав других лиц.

Для осуществления своей функции специализированная пресса должна иметь возможность обнародовать факты, которые могут представлять интерес для ее читателей, и тем самым способствовать открытости коммерческой деятельности. Вместе с тем, обязанность уважать личную жизнь других лиц и соблюдать конфиденциальность в отношении некоторой коммерческой информации иногда может оправдывать запрещение публикации данных, которые соответствуют действительности. Аналогичным образом отдельный случай может заслуживать более тщательного изучения до его обнародования; в противном случае точное описание одного такого случая, особенно в коммерческом контексте, может вызвать ложное впечатление о том, что данный случай свидетельствует о какой-либо общей практике.

По мнению Федерального суда, не было достаточных оснований для сообщения о данном случае на момент публикации, когда упомянутая британская компания, торгующая по заказам, направляемым по почте, согласилась немедленно провести расследование данного дела. Заявители должны были учесть, что любая такая преждевременная публикация неизбежно отрицательно повлияет на работу данной фирмы. С учетом этих выводов, а также обязанностей и ответственности, связанных со свободами, гарантируемыми статьей 10, Суд счел, что окончательное решение Федерального суда не выходит за рамки возможного толкования вопросов, оставленных за национальными органами, и девятью голосами против девяти при решающем голосе председателя принял решение о том, что в данном случае не имело места нарушение положений статьи 1051.

Два эти дела показывают, что особенность применения статьи 10 заключается в том, что, хотя коммерческая информация и подпадает под защиту ее пункта 1, ей предоставляется более низкий уровень защиты по сравнению с тем, который устанавливается для выражения «политических» мнений в самом широком смысле этого слова, с которыми связаны ценности, лежащие в основе закрепленной в Конвенции концепции свободы выражения мнения52.

Есть как минимум две причины, по которым высказывания, направленные против коммерческих или экономических интересов, должны получать меньшую защиту, чем высказывания о принятии политических решений. Во-первых, с позиций социальной политики можно утверждать, что регулирование, касающееся таких высказываний, менее опасно для главной ценности этой конституционной гарантии— ее связи с демократическим процессом. Во-вторых, повсеместно сложилась практика

экономического регулирования, которая неизбежно связана с ограничением высказываний об экономических операциях 53.
Дела Бартхольда и «Маркт интерн» показали, что суд строго относится к ограничениям, налагаемым на информацию, не носящую явно коммерческой направленности (дело Бартхольда), и в то же время занимает либеральную позицию, считая, что государства имеют широкое поле для усмотрения в ограничении информации коммерческого характера.
Таким образом, чтобы правовое регулирование рекламной информации удовлетворяло стандартам пункта 2 статьи 10 Конвенции, вмешательство в свободу речи должно быть предписано законодательством, преследовать легитимную цель и быть необходимым в демократичес ком обществе. Именно эти три критерия являются определяющими в толковании «обязанностей и ответственности», упомянутых в статье10 Конвенции, в практике Европейского Суда по правам человека.
Чтобы удовлетворить требованиям пункта 2 статьи 10 Конвенции, государство обязано иметь закон, прецедент или акт делегированного законодательства, уполномочивающие вмешательство, в отношении которого принесена жалоба. Также достаточным для ограничений можно считать нормы международного права.
В делах, касавшихся свободы коммерческой речи, Суд расширил значение слова «закон» во фразе «как предписано законом» пункта 2 статьи 10 Конвенции таким образом, что оно стало охватывать кодексы этики профессиональных ассоциаций и нормы международного права, несмотря на то, что международное право в принципе не налагает обязательств на физических лиц. Так, например, в деле Бартхольда Суд расценил как основание для вмешательства правила профессио нального поведения, разработанные не законодательным органом, а ассоциацией ветеринаров. Эти правила были расценены как «закон» в контексте пункта 2 статьи 10 Конвенции, так как представители ветеринарной профессии (наряду с другими свободными профессиями) традиционно пользуются в ФРГ правом разработки норм профессио нального поведения посредством делегирования им этих полномочий законодательным органом страны.
В деле радиостанции «Гроппера» против Швейцарии (Groppera Radio AG and Others v. Switzerland)54 Суд постановил, что нарушения статьи 10 не было, когда швейцарские власти запретили швейцарским компаниям кабельного вещания ретранслировать сигнал от радиостанции, которая вела передачи из Италии, но исключительно на швейцарскую аудиторию. Прямые передачи этой станции представляли собой нарушение Международной конвенции об электросвязи, участницами которой были как Швейцария, так и Италия. Суд сделал вывод, что запрет был необходим для «предотвращения беспорядков», которые могли возникнуть при нерегулируемом использовании вещательного спектра, и «для защиты прав других лиц» путем создания условий для справедливого распределения ограниченного числа вещательных частот как в национальном, так и в международном масштабе.
В другом деле «Аутроник АГ» против Швейцарии (Autronic AG v. Switzerland)55 Суд постановил, что введенный Швейцарией запрет на прием одной из компаний спутниковых передач из СССР, предназначенных для широкой общественности, не может быть оправдан, согласно пункту 2, и, таким образом, нарушает Конвенцию. В этом деле, где речь фактически шла о рекламе параболической спутниковой антенны путем демонстрации ее возможностей на выставке, Суд признал, что международные соглашения о радиосвязи не запрещают такого приема, а поскольку сигнал предназначался для широкой общественности в СССР, не возникало вопроса об охране личной жизни.
Помимо законодательного закрепления, вмешательство в свободу выражения требует преследования одной из легитимных целей, названных в пункте 2 статьи 10 Конвенции. Никакие другие причины (например, экономическая целесообразность) не могут быть приемлемыми.
Если государство-ответчик доказало, что ограничение на свободу информации предписано законом и преследует легитимную цель, оно должно продемонстрировать третье обязательное условие — необходимость в демократическом обществе. Практика Суда показывает, что «необходимость» не может трактоваться только как «незаменимость», «разумность» или «желательность». Государство должно доказать настоятельную социальную потребность для вмешательства. Причем речь должна идти о соответствии уместности, достаточности, пропорцио нальности такого вмешательства преследуемой легитимной цели.

§ 4. Специальные принципы правового регулирования рекламной деятельности в прецедентах Европейского Суда по правам человека

При рассмотрении одного из последующих дел — Касадо Кока против Испании (Casado Coca v. Spain)56 — Европейский Суд по правам человека, опираясь на дело «Маркт Интерн», постановил, что почти полный запрет на рекламу услуг адвокатов не нарушает статьи10. Однако здесь формулировка соответствующих стандартов была несколько более строгой к регулирующему государству. Суд подтвердил, что широкая свобода усмотрения уместна в «такой сложной и изменчивой области, как недобросовестная конкуренция» и что иногда реклама может обоснованно ограничиваться во избежание недобросовестной конкуренции. Но все это должно подробно анализироваться судом, который должен взвесить требования, диктуемые конкретными возражениями против рекламы, о которой идет речь.

Это дело возникло в 1979 году, когда заявитель начал заниматься юридической практикой в Барселоне. При этом он регулярно помещал в ряде местных газет объявления, рекламируя свою практику, и направлял письма в различные коммерческие организации, предлагая свои услуги. Совет коллегии адвокатов Барселоны привлек его к дисциплинарной ответственности по нескольким обвинениям, разбирательство по которым закончилось в 1981 году, и ему было вынесено несколько замечаний и предупреждений.

С октября 1982 года в информационном бюллетене Ассоциации жителей и владельцев недвижимости в Валлдореитх (Барселона) было опубликовано объявление заявителя, где он коротко сообщал свое имя, после чего шло слово «адвокат», адрес и телефонный номер конторы. Совет коллегии адвокатов 5 апреля 1983 года вынес Касадо Кока серьезное предупреждение, которое было подтверждено 3 июня Национальным советом коллегии адвокатов.

Заявитель обратился в Административный суд, утверждая, что имело место нарушение статьи 20 Конституции страны (свобода слова). Административный суд Барселоны 11мая 1987 года вынес решение не в его пользу, а 23 сентября 1988 года Верховный суд отклонил его жалобу по вопросам права.

Касадо Кока направил жалобу в Конституционный суд, который 17 апреля 1989 года объявил, что статья 20 Конституции не распространяется на рекламные объявления.

В жалобе, поданной 25 мая 1989 года в Комиссию по правам человека (орган, обращение в который в то время было обязательным до передачи дела в Страсбургский суд), заявитель утверждал, что нарушено право на свободу слова в свете статьи 10 Конвенции. Жалоба была объявлена частично приемлемой 2 декабря 1991 года.

Попытавшись безуспешно добиться мирового соглашения, Комиссия 1 декабря 1992 года выразила мнение, что имело место нарушение статьи 10 Конвенции (девятью голосами против девяти, голос председательствующего оказался решающим).

Правительство Испании оспаривало применимость статьи 10. Оно утверждало, что объявления заявителя не несли никакой информации коммерческого характера, а были чисто рекламными. Он оплатил их с единственной целью получить больше клиентов. Реклама как таковая не входит в сферу действия свободы слова; реклама служит не общественному интересу, а частным интересам заинтересованных лиц. Применять гарантии статьи 10 к рекламе было равносильно изменению сферы действия указанной статьи.

Согласно заявителю, информация, содержавшаяся в его объявлениях, в действительности была предназначена для широкой публики; она обеспечила увеличение притока клиентов, а значит, публика посчитала ее необходимой и полезной. Более того, реклама является общим понятием, включающим несколько видов информации в зависимости от политического или коммерческого содержания или передаваемых с ее помощью идей. Кроме того, защита прав человека не обязательно должна служить публичному интересу; она может служить и частным интересам.

Суд прежде всего отметил, что статья 10 гарантирует свободу слова «всем». В ней не проводятся различия в зависимости от преследуемой ею цели. В данном деле спорные объявления содержали лишь имя, профессию, адрес и телефонный

номер заявителя. Они, очевидно, были опубликованы с целью рекламы, но вместе с тем они давали лицам, нуждающимся в правовой помощи, полезную для них информацию, которая, по всей видимости, облегчала им доступ к правосудию. Поэтому статья 10 подлежала применению.

По утверждению правительства Испании, если вмешательство и имело место, то оно исходило не от «государственных органов» в смысле пункта 1 статьи 10. Письменные предупреждения Совета коллегии адвокатов Барселоны можно считать внутренними санкциями, наложенными на Касадо Кока его коллегами. Испанское государство лишь утвердило Королевским декретом устав, выработанный самими членами коллегии, статья 31 которого запрещает профессиональную рекламу.

Суд так же, как заявитель и Комиссия, отметил, однако, что, согласно статье 1 Закона 1974 года о профессиональных объединениях, они являются корпорациями публичного права. Применительно к коллегиям адвокатов данная особенность правового статуса усиливается

их целью служения общественному интересу путем оказания свободной и надлежащей правовой помощи в сочетании с государственным контролем за осуществлением юридической практики и соблюдением норм профессиональной этики. Оспариваемое решение было принято в соответствии с нормами, применяемыми к членам коллегии адвокатов Барселоны, и оно могло быть обжаловано в компетентные суды. Эти суды, равно как и Конституционный Суд, — все они государственные органы — подтвердили правильность применения санкции. Раз это так, то налицо все разумные основания полагать, что произошло вмешательство «публичных властей» в осуществление Касадо Кока свободы распространять информацию. Причем это вмешатель ство было «предусмотрено законом».

Правительство и Комиссия полагали, что в целом главной целью запрета членам коллегии адвокатов рекламировать свою профессио нальную деятельность является «защита прав других лиц», в частности прав общественности и других членов коллегии. Правительство также указало, что реклама всегда считалась не совместимой с достоинством профессии, уважением к коллегам и интересами широкой публики.

С точки зрения заявителя, мнение Комиссии применимо только к случаям, когда реклама носит сопоставительный характер или не соответствует действительности, но не тогда, когда объявление просто дает информацию об адвокатской практике. Оспариваемый запрет создает неравенство между теми членами коллегии, которые практикуют самостоятельно, и теми, кто практикует, являясь одновременно гражданскими служащими или университетскими преподавателями. Для первых реклама служит единственным возможным средством сообщить о себе потенциальным клиентам, тогда как положение последних предоставляет им большие возможности заявить о себе. Кроме того, этот запрет не распространяется на крупные юридические консалтинговые фирмы, действующие на международном уровне, или на страховые компании, которые также предлагают юридическую помощь. Таким образом, запрет в отношении практикующих независимых юристов выступает инструментом охраны интересов некоторых привилегиро ванных членов профессии.

У Суда не было сомнений в том, что обжалуемые правила коллегии адвокатов были предназначены для защиты интересов широкой публики, обеспечивая одновременно уважение к членам профессии. Но в этой связи, указал Суд, следует принимать во внимание особый характер адвокатской профессии. В своем качестве слуг правосудия адвокаты пользуются исключительным правом участия в суде и иммунитетом от судебного преследования за свои выступления в зале суда; их поведение должно быть поэтому скромным, честным и достойным. Ограничения на рекламу традиционно оправдывались ссылкой на эти особые черты. В случае с рассматриваемым решением ничто не указывает на то, что намерение Совета коллегии адвокатов в то время не соответствовало признанной цели законодательства.

Заявитель утверждал, что обжалуемое взыскание не было «необходи мо в демократическом обществе», так как оно представляло собой несоразмерное вмешательство в его право распространять коммерческую информацию, право, которое гарантировано членам коллегии адвокатов, как и другим гражданам, в соответствии со статьей 10.

Правительство Испании полагало, что оспариваемые нормы устава Коллегии адвокатов Испании отражают концепцию профессиональ ного статуса слуг правосудия, которой придерживаются сами члены коллегии адвокатов. В 1982 году

практика всех европейских коллегий адвокатов была аналогичной, хотя впоследствии было отмечено некоторое ослабление жесткости этих правил. В любом случае взыскание, наложенное на Касадо Кока, носило почти символический характер.

С точки зрения Комиссии, запрет членам коллегии адвокатов использовать практически любую рекламу представляется чрезмерным и плохо совместимым со свободой распространять информацию и сопутствующим правом ее получать. В объявлении заявителя помещались сведения совершенно нейтрального характера (его имя, род занятий, адрес конторы и номер телефона), и они не содержали информации, которая бы не соответствовала действительности или была бы оскорбительной для его коллег-адвокатов. Поэтому он был вправе распространять такую информацию точно так же, как его потенциальные клиенты имели право ее получать.

Согласно практике, выработанной Судом, государства — участники Конвенции пользуются определенной свободой усмотрения при оценке необходимости того или иного вида вмешательства, но это усмотрение подлежит контролю со стороны институтов Совета Европы как в отношении соответствующих норм, так и решений по их применению. Таким образом, в данном деле задача Суда ограничива лась тем, чтобы установить, насколько в принципе оправданными были меры, принятые на национальном уровне, и их соразмерность.

По мнению Суда, страховые компании нельзя сравнивать с членами коллегии адвокатов, занимающимися самостоятельной практикой, чей особый статус отводит им центральное место в системе отправления правосудия в качестве посредников между публикой и судами. Это объясняет ограничения, налагаемые на поведение членов коллегии адвокатов, а также полномочия по контролю и надзору за их соблюдением, возложенные на советы коллегий адвокатов.

Тем не менее правила, которыми должны руководствоваться члены профессиональной корпорации, в частности в области рекламы, различны в разных странах в зависимости от их культурных традиций.

Более того, в большинстве государств — участников Конвенции, включая Испанию, на протяжении некоторого времени существовала тенденция к ослаблению строгости этих правил вследствие происходив ших перемен и, в частности, возрастания роли средств массовой информации.

Правительство Испании цитировало примеры из Кодекса деонтологии адвокатов Европейского сообщества (Страсбург, 28 октября 1988г.) и резолюции Конференции коллегий адвокатов стран Европы (Краков, 24 мая 1991 г.); поддерживая принцип запрета рекламы, эти документы вместе с тем разрешали членам коллегии адвокатов выступать в средствах массовой информации, заявлять о себе и участвовать в обсуждении вопросов общественной жизни. В соответствии с этими руководящими указаниями, Совет коллегии адвокатов Каталонии издал 4 июля 1991 года новые правила относительно рекламы, разрешающие распространение писем или статей, в том числе и в прессе. Недавно правительство начало изучение проекта нового устава Коллегии адвокатов Испании, который предполагает несколько большую свободу в данной сфере.

Широкий спектр правил поведения и различия в темпах перемен, происходящих в государствах — членах Совета Европы, указывает на сложность проблемы. Благодаря прямым непрерывным контактам со своими членами руководство коллегии адвокатов и суды страны находятся в лучшем положении, чем международный суд, чтобы определить, как в данный период времени найти равновесие между различными интересами, а именно требованиями надлежащего отправления правосудия, достоинством профессии, правом каждого получать информацию об оказываемой юридической помощи и предоставлением членам коллегии адвокатов возможности рекламировать свою адвокатскую практику.

В свете вышесказанного Суд пришел к выводу, что в рассматрива емый период времени — 1982—1983 годы — реакция соответствующих властей не может считаться несоразмерной преследуемой цели. Таким образом, нарушений статьи 10 Конвенции Суд не установил (семью голосами против двух).

Данное дело наглядно показывает, что в отношении рекламы адвокатских услуг существует особый подход, связанный с ролью представителей этой профессии в обществе. Это дело, хотя и закончилось 24 февраля 1994 года, по времени относится к периоду начала 1980-х годов, когда в нем разворачивались основные фактические события.

Несмотря на то, что Европейский Суд по правам человека, как показывают решения по делам «Маркт интерн» и Касадо Кока, не желает констатировать

наличие нарушения Конвенции и отстаивать рекламу, если дело касается простых коммерческих высказываний, Суд Европейского Союза, наоборот, занимает позицию, защищающую такую рекламу. Несоответствие наглядно видно по реакции этих судов на введенный в Ирландии запрет на рекламу услуг по производству абортов, доступных в Великобритании.

В 1991 году при рассмотрении дела Общество защиты нерожденных детей против Гроган (Society for the Protection of Unborn Children v. Grogan)57 Суд ЕС отказался признать этот запрет не совместимым с правом Европейского сообщества. Это дело возникло из-за того, что общество возбудило в ирландских судах дело с целью предотвратить публикацию ирландскими студенческими союзами адресов британских клиник, производящих аборты. Общество обосновывало свои претензии положением Конституции Ирландии, предусматривающим защиту прав на жизнь нерожденных (статья 40.3.3).

Студенты использовали в свою защиту аргумент, основанный на праве Сообщества: они утверждали, что аборт является услугой в понимании статьи 59 Римского договора и что право Сообщества, следовательно, запрещает Ирландии устанавливать ограничения на права резидентов Ирландии производить аборты в других государствах—чле нах Совета Европы.

Суд ЕС признал, что клиники, производящие аборты, оказывают услуги в смысле статьи 59 в случае, если их деятельность является легальной в государстве, на территории которого они находятся. Это могло означать, что они имели право публиковать информацию о своей деятельности в других государствах—членах Совета Европы. Однако Суд постановил, что ответчики не имеют права воспользоваться этими правами, так как они действовали не по поручению клиник, производящих аборты: они просто пытались помочь своим друзьям-сту дентам. Таким образом, связь между распространявшейся информаци ей и экономической деятельностью была признана «слишком слабой», чтобы введенный Ирландией запрет считался ограничением свободы оказания услуг, гарантируемой статьей 59 Римского договора.

Общество утверждало, что производство абортов аморально и поэтому не может рассматриваться как услуга. Суд не принял этого аргумента. Он отметил, что не может изменить решение исходя из интересов государства—члена Совета Европы, в котором находятся клиники. За это Суд был подвергнут критике; но если бы он принял этот аргумент, это бы означало, что позиция Ирландии об аморальности абортов навязывалась бы другим государствам—членам Совета Европы: британские клиники, где производятся аборты, не могли бы пользоваться преимуществами права Сообщества даже при работе с пациентами из государств—членов Совета Европы, где аборты не запрещены.

С другой стороны, одинаково неверно, если право Сообщества будет противоречить действующей Конституции Ирландии. Даже если игнорировать события после принятия Судом решения58 , весьма сомнительно, что это даст такой эффект. Если британские клиники, занимающиеся абортами, захотят размещать рекламу в Ирландии в нарушение права этой страны, эта их деятельность может быть запрещена на основании оговорки о публичном порядке, содержащейся в статье 56 (1) Римского договора 59. Оговорка может быть неприменима, только если право на аборт квалифицируется Судом как относящееся к основным правам человека, что весьма маловероятно.

Хотя Суд ЕС согласился, что он также уполномочен в необходимых случаях оценивать совместимость национального законодательства с основными правами, особенно с закрепленными в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, он может делать это только в отношении законодательства, подпадающего под действие права Сообщества. Поэтому отсутствие экономического аспекта в данном деле не позволило Суду ЕС высказаться по вопросу о применении статьи 10 Конвенции.

Когда это же ограничение было вынесено 29 октября 1992 года на рассмотрение Европейского Суда по правам человека в деле Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland60, было выявлено нарушение статьи 10. В этом деле Суд столкнулся с претензией в отношении ограничений, установленных для двух компаний-заявителей вследствие судебного запрета, запрещающего им предоставлять информацию беременным женщинам в отношении местонахождения или названия больниц Соединенного Королевства, занимающихся произведением абортов, или же информацию о том, как можно связаться с ними. После проведения судебного разбирательства против компаний-заявителей, учрежденного Генеральным прокурором по просьбе Общества защиты неродившихся детей, Верховный суд счел,

что предоставление таких советов недирективного характера способствует уничтожению еще не родившихся детей, что идет вразрез с конституционным правом неродившихся детей на жизнь, которое прямо гарантировано Конституци ей Ирландии. Суд установил судебный запрет, по которому компании-заявители или их служащие и агенты не могли «оказывать помощь беременным женщинам, на которых распространяется его юрисдикция, в совершении поездок за границу с целью произведения аборта в какой-либо клинике путем организации для них таких поездок или информирования их о названии и местонахождении той или иной конкретной клиники или клиник, или же информации о том, как можно связаться с ними, или же о помощи в иной форме».

По мнению Европейского Суда по правам человека, данный судебный запрет является нарушением права корпоративных заявителей свободно передавать информацию. Учитывая охват судебного запрета, который запрещал также «служащим или агентам» корпоративных за явителей оказывать помощь «беременным женщинам», не могло также возникнуть сомнений в том, что имело место также нарушение прав консультантов заявителей на передачу информации и прав двух женщин фертильного возраста на получение информации в случае беременности.

Затем Суд рассмотрел вопрос о «необходимости» ограничения в соответствии с принципами, разработанными в его судебной практике.

Суд принял во внимание, что в то время как соответствующее запрещение ограничивалось предоставлением информации, поездка беременной женщины за границу в целях произведения аборта не считалась уголовно наказуемым правонарушением согласно ирландскому праву. Более того, данный судебный запрет ограничивался свободой получать и передавать информацию в отношении услуг, являющихся законными видами деятельности в других странах—членах Конвенции, и мог иметь решающее значение для здоровья и благосостояния женщин. Ограничения, налагаемые на информацию в отношении видов деятельности, которые независимо от их моральных последствий допускались и продолжают допускаться национальными властями, требуют тщательного изучения учреждениями Конвенции на предмет определения их соответствия принципам демократического общества.

Прежде всего Суд выразил недоумение в отношении абсолютного характера данного решения Верховного суда, которое установило «постоянный» запрет на предоставление информации беременным женщинам в отношении возможностей произведения абортов за границей, независимо от их возраста, или состояния здоровья, или причин, по которым они хотят проконсультироваться в отношении прекращения беременности. Кроме того, эта оценка подтверждалась другими факторами, например тем, что консультационная деятельность в том виде, в каком она осуществлялась заявителями, не пропагандиро вала, не поощряла произведения абортов, а ограничивалась разъяснениями в отношении имеющихся различных возможностей. Соответственно, связь между предоставлением информации и лишением жизни неродившихся детей не была столь четкой, как утверждалось.

Суд принял во внимание тот факт, что информация, предоставля емая консультантами, могла быть получена из других источников, а также то, что данный запрет, как представляется, в целом не был эффективным, поскольку он не воспрепятствовал многим ирландским женщинам продолжать делать аборты в Соединенном Королевстве. Наконец, Суд принял к сведению данные о том, что судебный запрет поставил под угрозу здоровье тех женщин, которые в настоящее время пытаются сделать аборт на более поздней стадии беременности в связи с тем, что они не получили соответствующих консультаций, а также тех женщин, для которых не был обеспечен обычный медицинский контроль после произведения аборта. Кроме того, данный запрет, возможно, в большей степени негативно повлиял на тех женщин, которые не имели достаточных средств или не обладали необходимым уровнем образования для получения доступа к альтернативным источникам информации.

Не ставя под сомнение в связи с положениями Конвенции режим защиты жизни нерожденных, который существует в соответствии с ирландским правилом, Суд напомнил о том, что данный судебный запрет не препятствует ирландским женщинам делать аборты за границей и что информация, на ограничение которой данный запрет направлен, может быть получена из других источников. Соответствен но, Суд счел, что возможность сохранения нынешнего уровня числа абортов, совершаемых ирландскими женщинами за границей, определяется не толкованием статьи 10, а положением в Ирландии, в том, что касается

осуществления законов. С учетом вышесказанного Суд пришел к выводу, что установленный для заявителей запрет на получение или передачу информации был несоразмерен преследуемым целям61.

Можно сказать, что отсутствие экономической мотивации, ставшее роковым для иска, поданного в Суд ЕС, оградило страсбургский иск от применения весьма либеральных стандартов дела «Маркт интерн»62 . Таким образом, не наблюдается какого-то единообразного подхода к рекламе в практике европейских судов даже, казалось бы, по практически тождественным делам.

В другом деле английский апелляционный суд прямо поддержал запрет на рекламу услуг врачей. Он постановил, что соответствующие правила, принятые Всеобщим медицинским советом, оправданны. Во исполнение полномочий, предоставленных ему статутом, он был вправе давать советы и руководящие указания по вопросам этичного профессионального поведения. Стороне, возбудившей дело, было отказано в разрешении публиковать фактическую информацию о своей практике в общедоступной прессе. Суд постановил, что данное ограничение является разумным правилом с учетом политики, направленной против коммерческой конкуренции между врачами, поскольку такая конкуренция может повредить выбору пациентами врачей на разумных основаниях. Суд отклонил довод о том, что он должен истолковать действующий статут как разрешающий только такие ограничения, которые соответствуют статье 10 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод63. Это дело впоследствии дошло до Страсбургского суда, получив наименование «Колман против Великобрита нии» (Colman v. the United Kingdom)64.

Европейский Суд по правам человека не требует, чтобы государства придавали Конвенции силу в рамках своего национального права: не является нарушением Конвенции то, что национальные суды не могут осуществлять предусмотренные Конвенцией права напрямую. Фактически во многих государствах Конвенция имеет силу в рамках национального права, и на нее можно непосредственно ссылаться в судах. В других государствах (прежде всего в Соединенном Королевстве и в Ирландии) Конвенция не действует непосредственно в рамках национального права.

В этом отношении Конвенция имеет менее прочные позиции, чем договоры о создании Европейских сообществ, которые требуют, чтобы суды во всех государствах-членах имели возможность единообразно защищать права отдельного лица в рамках Сообществ, даже если это будет означать отмену или неприменение положений национального права65.

Интеграция европейских учреждений углубилась, и Конвенция оказалась теснее связанной с правом Сообщества. 5 апреля 1977 года Европейский парламент, Совет и Комиссия приняли совместную декларацию, в которой подчеркнули, что придают первостепенное значение защите основных прав, вытекающих, в частности, из национальных конституций и Конвенции. В 1992 году, согласно пункту 2 статьи F Маастрихтского договора 66 о создании Европейского Союза, двенадцать государств Сообщества постановили, что Союз будет уважать основные права личности, как они гарантированы Конвенцией и как они вытекают из общих конституционных традиций государств-чле нов, в качестве общих принципов права Сообщества.

Одно из следствий этих событий — то, что осуществление мер Сообщества в рамках национального права каждого государства-члена должно сопровождаться уважением основных прав, гарантируемых Конвенцией. Так, в Соединенном Королевстве и Ирландии действия исполнительной власти по осуществлению обязательств перед Сообществом уже предпринимаются с учетом прав, гарантируемых Конвенцией, хотя сама Конвенция в этих государствах не инкорпорирова на в национальное право67.

Интересно отметить, что в ранее уже упоминавшемся деле Колмана, рассматривавшемся практически параллельно с делом Касадо Кока, был достигнут диаметрально противоположный результат. Фактические обстоятельства дела имели место в 1987 году, когда Ричард Колман попытался изменить существующие правила медицинской рекламы. Он получил отказ со стороны Всеобщего медицинского совета изменить эти суровые правила. В 1988 году в пересмотре его дела отказал Высший суд, в 1989 году — Апелляционный суд, а в 1990 году— Палата лордов.

Тогда в мае 1990 года Колман обратился в Европейскую конвенцию по правам человека, которая приняла его обращение к своему производству 5 сентября 1991 года. 19 октября 1992 года Комиссия вынесла свое решение о том, что она не

нашла никаких нарушений Конвенции в данном деле. Примерно в то же самое время (1 декабря 1992 г.) Комиссия обнаружила нарушения Конвенции в деле Касадо Кока, что дает некоторые основания говорить о непоследовательности Комиссии.
Крайне любопытен результат этих дел. Дело Колмана закончилось в Европейском Суде по правам человека 28 июня 1993 года заключени ем мирового соглашения между сторонами, по которому Колман получил двенадцать с половиной тысяч фунтов стерлингов. И это при том, что заключение Комиссии не сулило ему ничего хорошего. Фактически это была победа врача, хотя в судебном решении, утверждав шем мировое соглашение, подчеркивалось, что правительство не признает нарушения Конвенции. Дело же адвоката Касадо Кока закончилось в следующем году его поражением, хотя прогноз Комиссии был для него благоприятным. Все это позволяет заключить, что страсбург ские органы еще не имеют до конца оформившейся судебной практики по делам о применении статьи 10 Конвенции к рекламе.
Несмотря на это обстоятельство, представляется, что анализ европейской практики дает основание говорить о том, что полный запрет рекламы будет крайне сложно оправдать ссылками на пункт 2 статьи10 Конвенции. Думается, что он будет признан не совместимым с ценностями демократического общества. Таким образом, преследова ние государством легитимной цели еще не означает игнорирования интересов общественности. Возможность использования менее суровых мер будет означать, очевидно, нарушение государством статьи 10.
В то же время в противоположность полному запрету ограничения могут быть хорошо оправданы ссылками на Конвенцию. И хотя вид используемых средств массовой информации не играет никакой роли с точки зрения возможности применения статьи 10, наверное, легче будут оправдываться ограничения, налагаемые на электронные средства массовой информации. Это связано с их особой ролью в современном обществе. Воздействие данных средств, конечно, не сопоставимо с митингом или газетой. Законодательство это учитывает, достаточно строго подходя к регламентации их деятельности. Думается, что аналогичный подход может быть проявлен и к рекламе, когда возникнет в этом необходимость у судебных органов.
Кроме того, можно отметить, что не исключен вариант консервативного отношения Европейского Суда по правам человека к рекламе, что связано с расширением его состава в последние годы за счет судей из бывших социалистических стран и республик, входивших в СССР. Комплектование Суда производится по принципу один судья от одного государства. Правосознание новых судей традиционно в большей степе ни оправдывает вмешательство государства во многие сферы жизни. Таким образом, отношение к рекламе, которое выстраивается по принципу сбалансированности интересов потребителей и свободы распростра нения информации, может получить крен в сторону потребителей. Например, такой дисбаланс существует, по нашему мнению, в Российской Федерации. Такое положение дел в нашей стране имеет свои объективные причины, лежащие в необходимости повышенной защиты еще неопытных потребителей, в ряде случаев серьезно пострадавших от недостоверной рекламы некоторых «финансовых пирамид».

Примечания

1. Конституции зарубежных государств: Учебное пособие. — М., 1996. — С.30.
2. См.: 316 U.S. 52, 62 S.Ct. 920, 86 L.Ed. 1262, 1 Med.L.Rptr. 1907 (1942).
3. См.: 376 U.S. 254, 84 S.Ct. 710, 11 L.Ed.2d. 686, 1 Med.L.Rptr. 1907 (1964).
4. См.: 413 U.S. 376 (1973).
5. См.: 421 U.S. 809, 95 S.Ct. 2222, 44 L.Ed.2d 600, 1 Med.L.Rptr. 1919 (1975).
6. См.: 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, 35 L.Ed.2d 147 (1973).
7. См.: 425 U.S. 748, 96 S.Ct. 1817, 48 L.Ed.2d 346, 1 Med.L.Rptr. 1930 (1976).
8. См.: 433 U.S. 350, 97 S.Ct. 2691, 53 L.Ed.2d 810, 2 Med.L.Rptr 2097 (1977).
9. См.: 447 U.S. 557, 100 S.Ct. 2343, 65 L.Ed.2d 341, 6 Med.L.Rptr. 1497 (1980).
10. См.: 436 U.S. 412, 98 S.Ct. 1893, 56 L.Ed.2d 417 (1978).
11. См.: 436 U.S. 447, 98 S.Ct. 1912, 56 L.Ed.2d 444 (1978).
12. См.: 455 U.S. 191, 102 S.Ct. 929, 71 L.Ed.2d 64, 7 Med.L.Rptr 2545 (1982).
13. См.: 471 U.S. 626, 105 S.Ct. 2265, 85 L.Ed.2d. 652 (1985).
14. См.: 486 U.S. 466, 108 S.Ct. 1916, 100 L.Ed.2d 475 (1988).
15. См.: 496 U.S. 91, 110 S.Ct. 2281, 110 L.Ed.2d 83 (1990).
16. См.: Albert B. Pursuit of Clients Spurs a Probe of Attorneys // Indianapolis Star.— 1993. — 22 March.
17. См.: In re Anis, 126 N.J. 448, 599 A 2d 1265 (1992); AMS v. N.J. Committee on Attorney Advertising, 112 S.Ct. 2303 (1992).
18. См.: The Florida Bar: Petition to Amend the Rules Regulating the Bar-advertising Issues, 571 So. 2d 451 (Fla. 1990).
19. См.: 431 U.S. 85 (1977).
20. См.: 453 U.S. 490, 101 S.Ct. 2882, 69 L.Ed.2d 800 (1981).
21. См.: 466 U.S. 789, 104 S.Ct. 2118, 80 L.Ed.2d 772 (1984).
22. См.: Donrey Communications v. City of Fayetteville, 280 Ark. 408, 660 S.W.2d 900 (1983); cert. Denied, 466 U.S. 959 (1984).
23. См.: Hayes A. Signs of Battles over Billboards Are Easy to See // Wall Street Journal. — 1993. — 23 March.
24. См.: WCBS-TV, 8 F.C.C.2d 381 (1967); affirmed, Applicability of the Fairness Doctrine to Cigarette Advertising, 9 F.C.C.2d 921 (1967); sustained, Banzhaf v. Federal Communications Commission, 405 F.2d 1082, 1 Med.L.Rptr. 2037 (D.C.Cir. 1968).
25. См.: Public Health Cigarette Smoking Act, 15 U.S.C. par.1335 (1969).
26. См.: 69 Ohio St.2d 361, 433 N.E.2d 138; appeal dismissed, 459 U.S. 807 (1982).
27. См.: 699 F.2d 490, 9 Med.L.Rptr 1089 (10th Cir. 1983).
28. См.: Capital Cities Cable, Inc. v. Crisp, 467 U.S. 691, 104 S.Ct. 2694, 81 L.Ed.2d 580, 10 Med.L.Rptr. 1873 (1984).
29. См.: 636 F.Supp. 978, 12 Med.L.Rptr. 2379 (W.D.Okla. 1986).
30. См.: 718 F.2d 738, 10 Med.L.Rptr. 1001 (5th Cir. 1983); cert. denied, 467 U.S. 1259, 104 S.Ct. 3553, 82 L.Ed.2d 855 (1984).
31. См.: 478 U.S. 328, 106 S.Ct. 2968, 92 L.ed.2d 266, 13 Med.L.Rptr. 1033 (1986).
32.См.: Gersh D. Cigarette Company Exec Sounds Off on Ad Censorship // Editor & Publisher. — 1986. — 26 October. — P. 45.
33. См.: Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, 455 U.S. 489, 102 S.Ct. 1186, 71 L.Ed.2d 362 (1982).
34. См.: Bolger v. Youngs Drug Products Corp., 463 U.S. 60, 103 S.Ct. 2875, 77 L.Ed.2d 469 (1983).
35. См.: Holsinger R. Media Law / R. Holsinger, J. Dilts. — P. 538.
36. См.: 113 S.Ct. 1505 (1993).
37. См.: 113 S.Ct. 1792 (1993).
38. См.: 732 F.Supp. 633 (1990).
39. См.: 113 S.Ct. 2696 (1993).
40. См.: Board of Trustees of the State University of New York v. Fox, 492 U.S. 469 (1989).

41. См.: 23 M.L.R. 1545 (1995).
42. См.: 3 F.3d 355 (1993).
43. См.: Pember D. Mass Media Law. — Madison, 1996. — P. 478.
44. Далее — Конвенция. Текст Конвенции ратифицирован Федеральным Собранием (Федеральный закон от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. — 1998. — № 14. — Ст. 1514).
45. См.: Van Maarseveen H. Ger van den Tang. Written Constitutions: a Computerized Comparative Study 105, 110 (1978). Примерно столько же конституций защищают смежные свободы собраний, ассоциаций, убеждений, мысли, совести или религии в тех или иных сочетаниях.
46. См.: Гомьен Д. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика / Д. Гомьен, Д. Харрис, Л. Зваак. — М., 1998. — С. 352.
47. Материалы дел по статье 10 по возможности здесь и далее излагаются из источников на русском языке. См.: Гомьен Д. Европейская конвенция о правах человека... / Д. Гомьен, Д. Харрис, Л. Зваак. — С. 372—373; Дженис М. Европейское право в области прав человека (практика и комментарии) / М. Дженис, Р.Кэй, Э. Брэдли. — М., 1997. — С. 225—256; Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. — М., 2000. — Т. 1. — С. 832—839.
48. Решение по делу Бартхольд от 25 мая 1985 года // Series A. — No. 90. — P.20—21. — Para. 42.
49. Ibidem.
50. Ibidem. — Paras. 58—59.
51. См.: Решение по делу компании «Markt Intern Verlag GmbH» от 20 ноября 1989 года // Series A. — No. 165. — P. 17—21. — Para. 25—38.
52. См.: No. 7805/77, Dec.5.5.79.D.R.16, p. 68 (73).
53. См.: Дженис М. Европейское право в области прав человека... / М. Дженис, Р. Кэй, Э. Брэдли. — С. 235.
54. См.: Решение от 28 марта 1990 года (№ 173), 12 E.H.R.R. 321.
55. См.: Решение от 22 мая 1990 года (№ 178), 12 E.H.R.R. 485.
56. См.: Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. — Т.1. — С. 832—839.
57. См.: Хартли Т.К. Основы права Европейского сообщества / Пер. с англ. — М., 1998. — С. 150—151.
58. Протокол к Договору о Европейском Союзе (Маастрихтский договор) и договорам, учреждающим Европейские сообщества, в настоящий момент предусматривает, что ничто в договорах Сообщества не наносит ущерба применению их в Ирландии и не нарушает статьи 40.3.3 Конституции этой страны (положение, предусматривающее право нерожденного на жизнь); однако последующая декларация, принятая 1 мая 1992 года на встрече в Гуимаресе (Guimares), Португалия, закрепляет в качестве «правового толкования», что намерением государств-членов было, чтобы этот протокол не ограничивал свободы перемещения между государствами-членами, или в соответствии с условиями, которые могут быть поставлены в соответствии с правом Сообщества законодательством Ирландии, свободу получения или доступность в Ирландии информации , связанной с услугами, легально доступными в других государствах-членах. В результате проведенного в Ирландии 25 ноября 1992 года референдума Конституция Ирландии была изменена, дополнив положения, предусматривающие, что статья 40.3.3 не ограничивает свободы перемещения в какое-либо другое государство-член или свободы получить или сделать доступной (предмет условий, которые могут быть предусмотрены правом) информацию, связанную с услугами, оказываемыми в других государствах. В результате этих событий, вероятно, каких-либо противоречий между Конституцией Ирландии и правом Сообщества в этом отношении больше не будет при условии, что законодательство Ирландии в части информации об услугах по производству абортов, оказываемых в других государствах-членах, не нарушает права Сообщества. Это маловероятно, если принять во внимание оговорку о публичном порядке в статье 56 (1) Римского договора.
59. Это применимо к услугам в соответствии со статьей 66. Она позволяет государствам-членам устанавливать исключения в отношении предоставляе мых Сообществом прав на основании публичного порядка. Каждое государство-член само определяет свой публичный порядок.
60. См.: Решение от 29 октября 1992 года (№246), 15 E.H.R.R. 244.

61. См.: Гомьен Д. Европейская конвенция о правах человека... / Д. Гомьен, Д.Харрис, Л. Зваак. — С. 380—382.
62. См.: Дженис М. Европейское право в области прав человека... / М. Дженис, Р. Кэй, Э. Брэдли. — С. 239—240.
63. См.: R. v. General Medical Council, ex parte Colman (1990) 1 All E.R. 489 C.A.
64. См. материалы этого дела на официальном сайте Европейского Суда по правам человека (решение от 28 июня 1993 г.) по адресу: www.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp.
65. См.: Дженис М. Европейское право в области прав человека... / М. Дженис, Р. Кэй, Э. Брэдли. — С. 522.
66. См. неофициальный перевод этого договора: Хартли Т.К. Указ. соч. — С.623—633.
67. См.: Дженис М. Европейское право в области прав человека... / М. Дженис, Р. Кэй, Э. Брэдли. — С. 544.

Тема 5 Развитие правового регулирования рекламной деятельности в Российской Федерации

§ 1. Общие принципы правового регулирования рекламной деятельности в Российской Федерации

Рассмотрим содержание статьи 29 Конституции Российской Федерации 1993 года, которая обозначает общие принципы правового регулирования рекламной деятельности. Именно в ней в наиболее обобщенном виде закреплены свобода выражения мнения и свобода информации. Эта статья гласит:
«1. Каждому гарантируется свобода мысли и слова.
2. Не допускается пропаганда или агитация, возбуждающие социальную, расовую, национальную или религиозную ненависть и вражду. Запрещается пропаганда социального, расового, национального, религиозного или языкового превосходства.
3. Никто не может быть принужден к выражению своих мнений и убеждений или отказу от них.
4. Каждый имеет право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом. Перечень сведений, составляющих государственную тайну, определяется федеральным законом.
5. Гарантируется свобода массовой информации. Цензура запрещается».
В этой статье фактически речь идет о нескольких взаимосвязанных свободах: свободе выражения своего мнения, мыслей, идей, убеждений, свободе слова, свободе информации. Здесь свобода слова выступает как одна из форм выражения свободы мысли, мнения, идей, убеждений.
Однако надо помнить и о пункте 3 статьи 55 Конституции, который гласит: «Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». Именно эта статья должна стать ключевой в определении конституционности ограничений, налагаемых на рекламу. В случае оспаривания тех или иных запретов (например, на рекламу алкоголя, табака, целителей, магов), в этой статье будут или не будут обнаружены соответствующие оправдания.
Прежде чем рассмотреть конституционные основы российского законодательства о рекламе с точки зрения требований, предъявляемых к содержанию рекламной информации, можно обратить свой взор на проблему связующей роли конституционных норм между националь ной и международной системами права.
В науке международного права сформулированы три концепции соотношения международного и национального права: дуалистичес кая, примата международного права и примата национального права. Дуалистическое понимание основывается на признании существова ния двух разных, взаимодействующих между собой систем права: национального (внутреннего или внутригосударственного) и международного. Сторонники концепции примата внутреннего права рассматривают международное право как сумму внешнегосударственных прав различных государств.
Во взаимодействиях национального и международного права в современных условиях определился примат международного права. Слово «примат» (лат. primatus) означает преимущественное значение, первенство, главенство. Речь идет не об исключительности международ ного права, не о его юридическом верховенстве над внутригосудар ственным правом, а о характере взаимоотношений этих двух правовых систем1.
Признание приоритета международного права перед правом внутренним находит свое отражение как в современных зарубежных государствах (что было показано в предыдущих параграфах настоящей главы), так и в Российской Федерации. Пункт 4 статьи 15 Конституции гласит, что «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международными договорами Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

Примат международного договора над законом Российской Федерации выражен и в статье 7 Гражданского кодекса РФ, где содержится положение, гласящее, что «если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены гражданским законодательством, применяются правила международного договора».

Признание главенствующей роли международного права, что нашло выражение в конституциях, законодательстве многих государств, не означает, что внутригосударственная правовая система подверглась эрозии, заменяется единой мировой правовой системой. Внастоящее время нет оснований утверждать, что в мировом сообществе утверждается единая правовая система. Действуют две правовые системы. Примат не означает подчинение одной системы другой2.

Вряд ли можно согласиться с авторами, отрицающими идею возрастания роли международного права, что можно охарактеризовать как примат международного права над внутригосударственным. Так, например, С.В. Черниченко считает, что «международное право и внутригосударственное право — различные правовые системы, не имеющие примата друг над другом, действующие в различных плоскостях, в различных юридических измерениях» 3.

Представляется, что примат не может быть истолкован в том смысле, что все внутренние нормы находятся в подчинении у норм международного права. В этой связи не стоит забывать, что конституция страны, воплощающая ее суверенитет, не может быть автоматически подчинена нормам международного права, международному договору, заключенному государством с другим или другими членами мирового сообщества.

В Конституции Российской Федерации нет положения о ее изменении в связи с международно-правовыми актами, договорами, в том числе содержащими нормы, противоречащие Конституции. Пункт 1 статьи 15 гласит, что «Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. Законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации ».

Толкование этого пункта российской Конституции дало основание В.А. Карташкину заключить, что «новая Конституция (1993г.), признавая приоритет международного права над внутренним законодательством, не распространяет это верховенство на Основной Закон страны»4 .

Высшую юридическую силу Конституции Российской Федерации, ее особое положение во взаимоотношениях с международными договорами нашей страны отмечает И.И. Лукашук: «Ратифицированные договоры обладают приоритетом применения в отношении всех правовых норм, за исключением норм Конституции (см. ст. 22 Закона о международных договорах Российской Федерации)» 5.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что Конституция является своеобразным мостом, соединяющим систему международного права с системой национального права. При этом речь не идет о полной подчиненности внутреннего права международным обязательствам. Конституционные нормы выступают своего рода призмой, преломляющей (а не механически воспроизводящей) международно-правовые требования на национальной почве.

Стоит также отметить при этом, что конституционные нормы (впрочем как и нормы международного права) обладают высшей юридической силой по отношению к нормам законодательства о рекламе. Другими словами, можно говорить о конституционном законодатель стве в двух аспектах: аспекте связующей роли в правовой системе и аспекте вертикальных (иерархических) связей с нормами законодательства о рекламе, т. е. полной подчиненности последних по отношению к нормам Конституции.

Представляется, что статья 29 Конституции Российской Федерации, по сравнению со статьей 10 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, более широко трактует свободу выражения мнений и свободу информации. В ней фактически речь идет о нескольких взаимосвязанных свободах: свободе выражения своего мнения, мыслей, идей, убеждений, свободе слова, свободе информации. Таким образом, статья 29 Конституции не препятствует применению Конвенции на территории Российской Федерации в полной мере.

§ 2. Специальные принципы правового регулирования рекламной деятельности и практика Высшего Арбитражного Суда РФ

Сравнительные цели настоящей работы требуют исследования конституционной практики рассмотрения дел о рекламе в нашей стране. Однако на сегодняшний день практика Конституционного Суда Российской Федерации насчитывает всего одно дело — дело по статье 3 Федерального закона «О рекламе». Этот спор о компетенции федеральной и региональной властей в области законодательства о рекламе был уже подробно исследован в настоящей работе, поэтому мы не будем останавливаться на нем в настоящем параграфе.

Однако не следует забывать о том, что Конституция России может непосредственно применяться и другими судебными инстанциями страны (что и происходит, правда, редко), так как является актом прямого действия. Поэтому для сопоставимости результатов рассмотрения дел о рекламе в зарубежных государствах и Российской Федерации можно обратиться к практике других судебных органов нашей страны, и прежде всего арбитражных судов.

Этот анализ целесообразно начать с рекламы деятельности лиц, занимающихся оказанием юридических услуг, потому что именно представители этой профессии внесли значительный вклад в разработку конституционной доктрины в зарубежных странах.

В практике арбитражных судов России было дело, в котором реклама организации, созданной вне коллегии адвокатов, об оказании ею услуг как юридической консультацией была признана ненадлежащей.

Организация в форме товарищества с ограниченной ответственно стью, получившая лицензию на оказание юридических услуг, разместила в газете рекламу об услугах ее юридической консультации.

Поскольку юридические консультации действуют как подразделе ния коллегий адвокатов, антимонопольный орган посчитал указанную рекламу недостоверной в части информации о рекламодателе и дал последнему предписание об устранении нарушения статьи 7 Закона о рекламе.

Организация-рекламодатель обратилась в арбитражный суд с требованием о признании недействительным предписания антимонополь ного органа, поскольку оказание юридических услуг возможно не только в рамках адвокатской деятельности и осуществлялось ею на основании лицензии, а в соответствии со статьей 29 Конституции Российской Федерации каждый может распространять информацию любым законным способом.

Суд с приведенными доводами не согласился и в удовлетворении заявленного требования отказал, исходя из следующего. Согласно статье 17 Закона РСФСР от 20 ноября 1980 года «Об утверждении положения об адвокатуре РСФСР» юридические консультации создаются в городах и населенных пунктах для организации работы адвокатов по оказанию юридической помощи. Местонахождение и количество адвокатов каждой юридической консультации определяются президиумом соответствующей коллегии адвокатов по согласованию с территориальным органом исполнительной власти и территориальным органом юстиции. Указанным законом предусмотрен также специальный порядок образования коллегий адвокатов (ст. 3 Закона) и требования к их составу (ст. 11, 12 Закона).

Необходимыми, по упомянутому Закону, признаками юридической консультации организация-заявитель не обладала — работающие в ней лица членами территориальной коллегии адвокатов не являлись, открытие юридической консультации по такому адресу в установлен ном порядке не производилось.

Следовательно, реклама со стороны организации-заявителя об оказании услуг ее юридической консультацией вводила потенциального потребителя в заблуждение относительно самого рекламодателя и являлась недостоверной, что не допускается статьей 7 Закона о рекламе.

В заключение судом был сделан вывод о том, что публикация рекламной информации с содержанием, нарушающим запреты Закона о рекламе, не является законным способом распространения информации и защите со ссылкой на статью 29 Конституции Российской Федерации не подлежит 6.

Думается, что такое решение дела не является бесспорным с точки зрения аргументации о введении потенциального потребителя в заблуждение. Скорее всего, среднестатистический гражданин заинтересо ван, в первую очередь, в

квалификации нанимаемого юриста (что косвенно подтверждает лицензия или членство в коллегии адвокатов) и не заботится о структуре организации, оказывающей ему помощь. Никто не спорит с тем, что эта информация ему должна предоставляться непосредственно в месте, где оказывается услуга, но то, что это должно делаться в рекламе, вызывает некоторые сомнения. Вряд ли обычный гражданин различает статус адвоката и просто практикующего юриста какой-то фирмы, а также разбирается в тонкостях отличий юридической консультации и организации, оказывающей юридические услуги. Если такое различие не улавливается массовым сознанием, трудно говорить о введении в заблуждение или какой-то недостовер ности.

Представляется, что слово «консультация» довольно широко вошло в обиход и уже не указывает на принадлежность к той или иной структуре. Например, у нас в стране есть женские консультации, занимающиеся оказанием медицинской помощи беременным женщинам (причем не только связанной непосредственно с беременностью, но и, скажем, стоматологической), и в то же время, наверное, существуют чисто женские юридические консультации, где работают исключительно женщины-адвокаты. Следовательно, может возникнуть вопрос о законности рекламы типа «женская юридическая консульта ция, телефон» или «женская консультация оказывает гинекологичес кие и стоматологические услуги, телефон».

А как быть с магазинами «Универсам», не имеющими самообслу живания, или магазинами «Продукты», приторговывающими промтоварами? Формально юридически они также вводят в заблуждение потребителя своими вывесками ни чуть не меньше, чем реклама лицензированного юриста, не являющегося адвокатом, типа «юридическая консультация, телефон, адрес». Вряд ли апелляция к правовому акту об организации адвокатской деятельности что-то меняет здесь по существу для потребителя. Получается, что для него играет важную роль различие между рекламными объявлениями «юридическая консультация» и «юридические услуги».

Однако в данном деле обращает на себя внимание прежде всего логика судебного решения: содержание рекламы незаконно, значит, ссылка на Конституцию недопустима. Думается, что порядок рассуждений должен быть обратным: Конституция неприменима к данному делу, так как реклама вводит в заблуждение, а потому может быть запрещена. Дело в том, что далеко не любой запрет рекламы в законе может выдержать проверку на конституционность. Следовательно, логика: «не соответствует закону, значит, не подлежит защите Конституции» — изначально порочна.

Другое дело, рассмотренное арбитражными судами, было связано с рекламой ветеринарных услуг.

Организация-рекламораспространитель (рекламная газета) опубликовала ряд объявлений типа «ветеринарные услуги, телефон», «ветеринарная помощь, телефон» без сообщения об органе, выдавшем лицензии рекламодателям, и номеров лицензий.

Антимонопольный орган признал действия рекламораспространи теля нарушением пункта 3 статьи 5 и статьи 22 Закона и направил ему предписание о прекращении нарушения.

Рекламораспространитель обратился в арбитражный суд с требованием о признании предписания недействительным. При этом рекламораспространитель ссылался на то, что упомянутые объявления не содержат указаний на предпринимательский характер рекламируемых услуг, приняты в виде авторских текстов от физических лиц, которые и должны нести ответственность за ненадлежащую рекламу на основании пункта 1 статьи 30 Закона.

Отклоняя заявленное требование, суд исходил из следующего. Рекламные объявления такого типа представляют собой сообщения о фактах, имеющие информационный характер, и в соответствии со статьей8 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» (в редакции ФЗ от 19 июля 1995 г. № 110-ФЗ) объектами авторского права не являются.

Объявления рекламодателей—физических лиц публиковались рекламораспространителем за плату, предназначались для неопределен ного круга лиц, по своему смыслу и характеру разовым предложением не исчерпывались и сведений об оказании ветеринарных услуг в благотворительных целях не содержали.

В соответствии с пунктом 3 статьи 423 ГК РФ договор предполага ется возмездным, если из закона, иных правовых актов, содержания или существа договора не вытекает иное. Оказание ветеринарных услуг в силу статьи 779 ГК РФ является разновидностью договора возмездного оказания услуг.

При таких обстоятельствах у рекламораспространителя не было оснований считать, что ему для публикации передана реклама, не связанная с предпринимательской деятельностью, на которую Закон в силу пункта 5 статьи 1 не распространяется.
Согласно пункту 2 статьи 22 Закона, если деятельность рекламода теля подлежит лицензированию, то при рекламе соответствующего товара, а также при рекламе самого рекламодателя последний обязан предоставлять, а рекламопроизводитель и рекламораспространитель обязаны требовать предъявления соответствующей лицензии или ее надлежащей копии.
Данные требования установлены в целях предотвращения ненадлежащей рекламы. В момент распространения рекламы оказание ветеринарных услуг являлось лицензируемым видом деятельности.
В соответствии с пунктом 3 статьи 5 Закона не допускается реклама товаров, реклама о самом рекламодателе в случаях, когда осуществляе мая им деятельность требует специального разрешения (лицензии), но такое разрешение (лицензия) не получено. Если деятельность рекламодателя подлежит лицензированию, в рекламе должны быть указаны номер лицензии, а также наименование органа, выдавшего эту лицензию. Эти требования к рекламе являются обязательными для рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламораспространителя.
На основании статьи 30 Закона рекламодатель несет ответствен ность за нарушение законодательства о рекламе в части ее содержания, если не доказано, что указанное нарушение произошло по вине рекламораспространителя или рекламопроизводителя.
В данном случае нарушение установленных Законом требований к рекламе было очевидным для рекламораспространителя, оказывающего услуги в качестве такового на постоянной основе. Публикация ненадлежащей по содержанию рекламы произошла по его вине. При таких обстоятельствах антимонопольный орган вправе применить меры административного воздействия и к рекламодателю, и к рекламорас пространителю 7.
Такое решение арбитражного суда целиком основано на действующем законодательстве, однако возникает вопрос о целесообразности такого подхода законодателя к рекламе. Означает ли это, что всегда и везде надо указывать номер лицензии и орган, ее выдавший, например на рекламе на канцтоварах (карандашах, авторучках, фирменных блокнотах и т. п.) или одежде (футболках, бейсболках и др.)? Отвечает ли правилам здравого смысла ситуация, когда в рекламе информация о лицензирующем органе и номере лицензии превосходит по объему содержание собственно рекламной информации? Эффективно ли защищает такой подход потребителей, или, скорее, выигрывают от него рекламораспространители, берущие деньги за количество знаков или объем рекламной площади?
Думается, на эти вопросы нельзя дать однозначных ответов. Особенно это ярко проявляется на следующем примере из арбитражной практики, где в аналогичной по сути ситуации был дан противопо ложный ответ.
Антимонопольный орган признал нарушением законодательства о рекламе объявление: «Магистр белой магии, психолог» — об оказании услуг по снятию венца безбрачия, невезения и осуществлению предсказаний, о продаже пищевых добавок отечественного производства на основе лекарственных трав валерианы, левзеи, девясила, элеутерококка.
Антимонопольный орган указал в решении на несоблюдение рекламораспространителем ряда положений Закона, включая пункт 2 статьи 16, и направил ему предписание о прекращении выявленных нарушений.
В соответствии с пунктом 2 статьи 16 Закона реклама медикамен тов, изделий медицинского назначения, медицинской техники при отсутствии разрешения на их производство и (или) реализацию, а также реклама методов лечения, профилактики, диагностики, реабилита ции при отсутствии разрешения на оказание таких услуг, выдаваемого федеральным органом исполнительной власти в области здравоохра нения, не допускается, в том числе и в случаях получения патентов на изобретения в указанной области.
Реклама лекарственных средств, отпускаемых по рецепту врача, а также реклама изделий медицинского назначения и медицинской техники, использование которой требует специальной подготовки, допускается с учетом требований, предусмотренных абзацем первым упомянутого пункта, только в печатных изданиях, предназначенных для медицинских и фармацевтических работников.

Рекламораспространитель не согласился с тем, что с его стороны имели место нарушения положений пункта 2 статьи 16 Закона, и обратился в арбитражный суд с требованием о признании в этой части недействительными решения и предписания антимонопольного органа.
Рекламораспространитель полагал, что из текста его объявлений следовало, что предлагаемые товары не являются медикаментами, а услуги, очевидно, не относятся к числу медицинских. Таким образом, разрешений, выдаваемых федеральным органом исполнительной власти в области здравоохранения, на оказание подобных услуг и продажу такого рода товаров не требуется.
Поскольку факт нарушения пункта 2 статьи 16 Закона со стороны рекламораспространителя отсутствовал, суд признал решение и предписание антимонопольного органа в соответствующей части недействительными. Таким образом, применение ограничений, установлен ных Законом для рекламы определенных видов товаров и услуг, к рекламной информации о товарах и услугах иного рода признано судом неправомерным 8.
В этой связи невольно возникает вопрос о конституционности таких ограничений — нет ли здесь нарушения принципа равенства, нет ли дискриминации отдельных видов рекламы? Представляется, что обращение к Конституции в подобных случаях было бы совсем не лишним. Думается, что при разрешении двух последних дел мнения судей Конституционного Суда Российской Федерации не были бы единогласными. И, возможно, результаты дел не были бы противополож ными.
Такая достаточно противоречивая позиция арбитражных судов была во многом неожиданностью для антимонопольных органов, ранее не знавших проблем в борьбе с рекламой различного рода «целителей» и поддержанных в ней Судебной палатой по информационным спорам при Президенте Российской Федерации, специально созданным государственным органом для обеспечения закрепленных статьей 29 Конституции РФ информационных прав граждан, соблюдения их законных интересов в этой области9 .
Судебная палата, при участии Департамента здравоохранения города Москвы, антимонопольных органов, организаций по защите прав потребителей, ученых-экспертов, провела слушания, в ходе которых была выработана и принята Рекомендация № 1 (8) от 23 мая 1996 года «О соблюдении средствами массовой информации требований законодательства в рекламе традиционных методов лечения» 10.
Организаторы слушаний в данной рекомендации, не претендую щей ни на какой регламентирующий статус, отметили, что в последнее время в средствах массовой информации заметно участилась реклама услуг разного рода колдунов, экстрасенсов, ясновидцев и прочих «целителей», обещающих своим потенциальным пациентам чудесное избавление от всевозможных недугов, от сглаза и порчи, избавление от «трагического круговорота судьбы» и тому подобные «блага».
Так, именующий себя магистром медицины, народным академиком энергоинформационных наук России, звездой мира Маирбек Бегизов, по его собственному утверждению, «лечит все, что поддается лечению»: от аллергии до импотенции. Кроме того, в широком ассортименте услуг «самого сильного мага на Земле» — снятие родового проклятия, порчи, сглаза и даже развязывание дьявольских узлов («Московская правда»).
Академия практической магии и гипноза и Лилиана предлагают всем желающим познать методы «невербального эриксонианского гипноза» и на первом же занятии научиться «мгновенно снимать любую боль в организме, а также повышать и понижать давление» («Вечерний клуб»).
Провидица Ольга обещает, что после встречи с ней «отступят сердечно-сосудистые заболевания, неврозы» и еще тринадцать самых разных недугов. Кроме того, восстановятся зрение, слух и семья, а также выйдут камни из почек и наступит избавление от одиночества («Экстра-М»).
Подобная информация публикуется и в других периодических печатных изданиях. Все указанные и сходные с ними сообщения содержат сведения об адресах и контактных телефонах «целителей», направлены на формирование интереса к ним и их деятельности и должны рассматриваться как рекламные в смысле статьи 2 Федерального закона РФ «О рекламе».
Проведенная Минздравмедпромом России по просьбе Судебной палаты проверка показала, что все упомянутые «целители», чья деятельность рекламируется в средствах массовой информации, лицензиями не обладают. Следовательно, не потребовав предъявления таких лицензий, редакции средств массовой информации нарушили требования Закона (ст. 16 и 22 Закона).

Ссылки некоторых редакций, что такая оплачиваемая «целителя ми» реклама, даже с нарушением закона, является финансовой поддержкой газет, не может быть принята как аргумент для оправдания их противоправной деятельности.
Очевидно, что использование средств массовой информации для пропаганды самозванных, зачастую некомпетентных «целителей» многократно усиливает потенциальную опасность физическому и душевному здоровью граждан. Традиционно доверяя печатному слову, люди, многие из которых действительно больны и хватаются за предложения «немедленного» и «полного» исцеления как за последнюю соломинку, в результате становятся, с одной стороны, жертвами этого доверия, а с другой стороны, жертвами обмана и шарлатанства. Причем последствия для тех, кто, доверившись рекламным посулам «целителей», посетил «чудотворные» сеансы, могут быть самыми трагическими.
Анализ данной позиции Судебной палаты, воспринятой антимонопольными органами, и вышеприведенной позиции арбитражных судов показывает, что ключевым является характер рекламируемых услуг. Если речь идет о рекламе лечения, то требуется соответствующая лицензия. Если же рекламируются нелицензируемые услуги (пусть даже очень нетрадиционные), то никаких сдерживающих факторов для рекламы нет, кроме, конечно, ее недостоверности. Получается, что реклама колдунов или белых магов в сдержанных выражениях (без использования превосходной степени прилагательных и т. п.) в принципе возможна. Такова по сути официальная позиция законодателя. Ипрезидиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации с этим пока поделать ничего не может, о чем свидетельствует уже упоминавшееся информационное письмо № 37 от 25 декабря 1998 года «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» 11.
Думается, что законодателю должна быть небезразлична такая правоприменительная практика. Кроме того, можно предположить, что Конституционному Суду еще придется столкнуться с проверкой конституционности отдельных положений законодательства о рекламе, которое еще не подвергается сомнению в аспекте его соответствия Конституции, речь ведется лишь о его правильном применении к отдельным сложным случаям.

§ 3. Современные тенденции правового регулирования рекламной деятельности

На сегодняшний день можно констатировать, что какого-то особого конституционного подхода к рекламе услуг представителей отдельных профессий в России нет. Скорее, речь может вестись о том, что обязательно должны соблюдаться требования, предъявляемые к рекламе их услуг, независимо от роли и значения их профессий в обществе. Во всяком случае отечественная судебная практика пока еще не признала особое место той или иной профессии и ее рекламы. Хотя буквальная трактовка подхода судебной практики может привести к выводу о том, что услуги представителей отдельных профессий (и соответственно реклама) неравноценны для потребителя с точки зрения опасности для него. Получается, что ветеринары и юристы гораздо опаснее, чем маги и колдуны. Думается, что это пока лишь временный парадокс и ситуация должна измениться в ближайшее время.
Выходом должна стать привязка правового регулирования содержания рекламной информации не только к лицензии, но и к характеру осуществляемой деятельности, так как лицензирование служит защите прав потребителей далеко не всегда в первую очередь. В ряде случаев могут играть главную роль, например, фискальные цели или цели поддержки и защиты отечественных организаций. К примеру, зарубежные банки и страховые компании могут иметь свои представитель ства на территории Российской Федерации, но заниматься соответствующими видами деятельности свободно не могут, так как получение ими лицензий производится далеко не на общих основаниях и сопряжено с определенными соображениями экономической стратегии официальных государственных органов власти и управления России.
Вряд ли всерьез можно говорить об опасности каких-то всемирно известных банков и страховых компаний для рядового российского потребителя. Скорее, верно обратное: большинство аналогичных отечественных структур гораздо опаснее для собственного населения, что косвенно и подтвердил недавний финансовый крах многих из них. Однако политика протекционизма (конечно, разумного), безусловно, должна присутствовать, даже в условиях рыночной экономики. Важно лишь не впасть в излишнюю крайность, преследуя цели

экономичес кой или национальной безопасности. Такие примеры российская практика, увы, знает. Отечественной автомобильной промышленности далеко не всегда шла на пользу политика изоляции от зарубежных конкурентов через высокие таможенные пошлины. Улучшения качества, например, легковых автомобилей, рядовой потребитель так и не почувствовал.

В то же время нельзя, наверное, ставить на одну планку рекламу юридических или медицинских услуг с рекламой плотницких или столярных. Разница существенна. В одном случае можно лишиться здоровья и даже жизни или, скажем, потерять свободу, в другом — грозят только неудачные финансовые траты, что, в принципе, восполнимо. Вэтой связи представляется целесообразным ввести в законодатель ство прямой запрет на рекламу в средствах массовой информации оккультных услуг, так как данный вид деятельности, как показывает практика, далеко не безвреден для здоровья граждан. В то же время вряд ли целесообразен полный запрет на подобную рекламу, колдунам и магам, например, можно разрешить распространение на улицах своей печатной рекламы. Степень доверия к такого рода информации значительно ниже, и в то же время не лишает заинтересован ных лиц из числа любопытствующих обратиться по нужному им адресу.

Представляется, что при таком подходе будет трудно говорить о неконституционности ограничений, так как реклама полностью не запрещается, а вводятся лишь разумные ограничительные меры. Речь может вестись о допустимости оккультной рекламы в соответствую щих книгах и ее невозможности рядом с детскими, учебными и медицинскими организациями. Можно пойти и по пути приравнивания оккультных услуг в правовом режиме к рекламе алкогольных напитков, табака и табачных изделий. Это будет, вероятно, слишком суровой мерой для безобидных гадалок и различного рода ясновидящих, обладающих какими-то особыми способностями, не объяснимыми до конца традиционной наукой. В то же время это будет, наверное, проявлением излишнего либерализма по отношению к откровенным шарлатанам. В любом случае не замечать проблемы законодателю нельзя, и ее решение должно быть найдено с помощью заинтересованных специалистов, в первую очередь — представителей медицины и психологии. Возможны, конечно, те или иные варианты решения: в диапазоне от жестких до достаточно либеральных, но одно очевидно — меры принимать нужно.

Что касается особенностей некоторых других категорий рекламы, занимающих своеобразное место в конституционной доктрине зарубежных стран, — например, наружной рекламы или рекламы регулируемых товаров типа алкоголя или табака — можно отметить лишь наличие особого подхода нашего законодателя к соответствующему правовому регулированию и прямому признанию со стороны Конституционного Суда возможности органов местного самоуправления решать вопросы распространения наружной рекламы.

Думается, что это вопрос лишь времени (развития соответствую щей конституционной доктрины в России), рано или поздно данные вопросы все равно встанут перед судебными инстанциями нашей страны. Можно предположить, что одними из первых случаев обращения в суд станут проблемы с распространением товаров, подлежащих обязатель ной сертификации, реклама которых должна сопровождаться пометкой «подлежит обязательной сертификации». Рекламодателям данное правило доставляет определенное неудобство, так как нередко разрушает впечатление потребителя от высокохудожественной рекламы данных товаров. Не разумнее ли наказывать за рекламу несертифициро ванных товаров, нежели за рекламу сертифицированных товаров, но без соответствующей пометки? Представляется, что потребители и рекламодатели от изменения этого правила только выиграют, пострадают (хотя и несильно) рекламораспространители, которые лишатся некоторого дохода от дополнительно продаваемой площади для подобных пометок.

Интересно отметить, что статья 13 Закона «О сертификации продукции и услуг»12 запрещает реализовывать продукцию, подлежащую обязательной сертификации, но не имеющую сертификата соответствия, в то время как Закон «О рекламе» не обязывает рекламистов требовать от рекламодателей сертификат на рекламируемый товар, как это делается в отношении лицензии на определенный вид рекламируе мой деятельности. Конечно, трудно себе представить, что рекламные агентства, издательства, средства массовой информации усердно проверяют правильность оформления сертификата, соответствие его конкретной партии товара и уточняют, а ту ли именно партию заказчик собирается рекламировать. То же самое трудно представить себе в отношении потребителя, требующего сертификат соответствия

в крупном магазине под влиянием рекламы: «Подлежит обязательной сертификации». Вряд ли справедливыми являются требования учить потребителей тому, какие товары подлежат сертификации, за счет рекламодателей, принимая во внимание, что потребителю надо вовсе не это. Потребитель заинтересован в том, чтобы товар без сертификата (если он необходим) в принципе не реализовывался через торговую сеть. Не честнее ли часть налоговых отчислений от производителей таких товаров направлять на укрепление соответствующих контролирующих органов, призванных бороться с реализацией несертифицированных товаров? Представляется, что пункт 4 статьи 5 Закона «Орекламе» (Реклама товаров, подлежащих обязательной сертификации, должна сопровождаться пометкой «подлежит обязательной сертификации») отвечает лишь интересам рекламораспространителей, противореча интересам рекламодателей и никак не помогая потребителям. Думается, что эту норму можно отменить, тем самым смягчив достаточно жесткое на сегодняшний день для рекламодателей законодательство о рекламе.

Надо отметить, то российское законодательство можно охарактеризовать как трепетно относящееся к интересам рекламораспро странителей, среди которых ведущую роль играют средства массовой информации. Это, в частности, проявляется при формулиро вании норм о распределении ответственности за ненадлежащую рекламу между различными субъектами рекламной деятельности. Сейчас можно лишь заметить, что далеко не все средства массовой информации готовы занимать разумную взвешенную позицию по отношению к рекламе. Погоня за прибылью заставляет игнорировать многие требования законодательства, не говоря уже о нормах морали. Это, например, проявилось в отношении к осуждению нарушений закона при рекламе целителей, толкающей Россию в средневековье и мракобесие.

В частности, «Российская газета» отказалась опубликовать уже упоминавшиеся Рекомендации Судебной палаты, Департамента здравоохранения Москвы, антимонопольных органов, которые напомнили главным редакторам, что, печатая рекламу «звезд мира», «бабушки Оли», иных целителей, снимающих «порчу», «сглаз», лечащих все мыслимые и немыслимые болезни, вплоть до «фронтальных мандалов», им следует требовать от целителей лицензии и печатать номера этих лицензий 13.

Новейшей предельно определенной и потому заметной тенденцией правового регулирования рекламной деятельности в России выступает жесткое регламентирование законодателем ее временных параметров. Точные ограничительные временные отрезки рекламы на радио и телевидении — вот квинтэссенция нового Федерального закона Российской Федерации от 14 декабря 2001 года № 162 «О внесении изменений в статью 11 Федерального закона «О рекламе» 14, который вступил в силу со дня его официального опубликования.

В соответствии с пунктом 1 статьи 11 Федерального закона «О рекламе» в радио- и телепрограммах не допускается прерывать рекламой и совмещать с рекламой, включая рекламу в виде наложений, в том числе способом «бегущей строки», передачи, продолжительность трансляции которых составляет менее чем 15 минут. Иные передачи, продолжительность трансляции которых составляет более чем 15 минут, а также радиопостановки и художественные фильмы не могут совмещаться с рекламой чаще чем через каждые 15минут или могут прерываться столько раз, сколько 15-минутных периодов включают эти передачи, радиопостановки и художествен ные фильмы.

Пункт 3 статьи 11 Закона гласит: «Распространение одной и той же по содержанию рекламы одного и того же товара или рекламы о рекламодателе не должно осуществляться более чем два раза общей продолжительностью не более чем 2 минуты в течение часа эфирного времени радио- и телепрограммы на одной частоте вещания».

Пункт 4 статьи 11 Закона изложен в следующей редакции: «В радио- и телепрограммах, не зарегистрированных в качестве специализирующихся на сообщениях и материалах рекламного характера, реклама не должна превышать 20 процентов эфирного времени».

Значимой демократической тенденцией правового регулирования рекламной деятельности современной России является своевременный учет общественного мнения. Как известно, многочисленные социологические опросы неизменно констатированы, что большинство граждан раздражала разница в громкости подачи рекламы, по сравнению со звуком транслируемой передачи. В итоге в пункте 1 статьи 11 Закона появилась юридическая норма следующего содержания: «При

трансляции рекламы ее звук не может быть громче звука транслируемой программы».

С известной долей уверенности можно утверждать, что в этом внимательном отношении законодателя к мнению населения по, казалось бы, частному вопросу проявляется надлежащий уровень культуры (втом числе и правовой) государственной власти15. Новая редакция статьи 11 Закона больше обращена к потребителям рекламы и в какой-то мере призвана оградить их от навязчивого внимания последней.

Примечания

1. См.: Проблемы теории государства и права: Учебное пособие. — М., 1999.— С. 424.
2. См. там же.
3. Черниченко С.В. Международное право: современные теоретические проблемы. — М., 1993. — С. 110.
4. Карташкин В.А. Права человека в международном и внутригосударствен ном праве. — М., 1995. — С. 17.
5. Лукашук И.И. Применение норм международного права в свете Федерального закона о международных договорах России // Российский юридический журнал. — 1996. — № 4. — С. 51.
6. См.: Информационное письмо президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 декабря 1998 года № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — 1999. — № 2. — С. 89—107. — П. 19.
7. См. там же. — П. 10.
8. См. там же. — П. 14.
9. См.: Указ Президента Российской Федерации от 31 декабря 1993 года №2335 «О судебной палате по информационным спорам при Президенте Рос
сийской Федерации» // Собрание актов Президента и Правительства РФ. — 1994. — № 2. — Ст. 75.
10. См.: Судебная палата по информационным спорам при Президенте Российской Федерации: 1994—1996. Нормативные акты. Практика. Комментарии. — М., 1997. — С. 231—235.
11. См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. — 1999. — № 2. — С. 89—107.
12. Закон РФ от 10 июня 1993 года «О сертификации продукции и услуг» (сизм. и доп. от 27 декабря 1995 г., от 2 марта 1998 г., от 2 июля 1998 г.) // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. — 1993. — № 26. — Ст. 966; Собрание законодательства Российской Федерации РФ. — 1998. — №10.— Ст. 1143; № 31. — Ст.3832.
13. См.: Венгеров А.Б. Судебная палата в информационной революции // Судебная палата по информационным спорам при Президенте Российской Федерации. 1994—1996: Нормативные акты. Практика. Комментарии. — С. 10.
14. Собрание законодательства Российской Федерации. — 2001. — № 51. — Ст.4827.
15. Подробнее о взаимосвязи рекламы и культуры см.: БарановаМ.В. Реклама как феномен культуры: Автореф. дис... канд. культурологии. — Н. Новгород, 2000.

Тема 6 Правовое регулирование некоммерческой рекламы

§ 1. Криминологические аспекты использования рекламы

Данная глава посвящена изучению практики использования рекламы правоохранительными органами на примере, главным образом, полиции зарубежных государств и органов внутренних дел Российской Федерации.

Реклама является достаточно изученным социальным явлением в зарубежных странах, в то время как для России она представляет собой относительно новое явление. В этой связи представляет определен ный интерес изучение опыта использования рекламы правоохрани тельными органами зарубежных государств, а также исследование возможности применения этого опыта в российских реалиях.

Анализ зарубежного опыта позволяет автору выделить три основных направления использования рекламы в деятельности правоохра нительных органов:

1) криминологическое (в профилактических целях и для создания положительного образа правоохранительных органов);

2) оперативно-розыскное (для получения информации о совершенных преступлениях и задержания преступников);

3) в иных целях (для решения финансовых и кадровых проблем).

Классификации областей применения рекламы в деятельности правоохранительных органов за рубежом не сложилось, поэтому классификация авторов является достаточно условной и не претендует на абсолютность. Ее цель — попытаться систематизировать накопленный зарубежный опыт и исследовать его через призму возможного применения в Российской Федерации. При этом в настоящей главе детальнее исследуются случаи использования рекламы, представляющие, по мнению авторов, наибольший интерес для деятельности российских правоохранительных органов, в то время как зарубежному опыту, имеющему российские аналоги, уделяется чуть меньшее внимание.

Криминологические аспекты использования рекламы правоохра нительными органами включают в себя профилактику правонаруше ний и создание своего положительного образа в глазах населения.

1. Взаимодействие правоохранительных органов
с населением в профилактических целях

Профилактика потребления наркотиков. Наиболее ярким примером профилактической работы в этом направлении, пожалуй, является Образовательная программа борьбы с наркотиками (Drug Abuse Resistance Education). Она началась в 1983 году в Лос-Анджелесе как совместный проект департамента полиции и местных органов образования. И вскоре во многом благодаря умелой рекламе, получив поддержку всемирно известных американских корпораций, таких как Herbalife, Packard Bell, Warner Bros., Western Union и других, распространилась по всей стране. Сегодня практически в любом населенном пункте США можно встретить рекламу этой программы в виде надписей на футболках, бейсболках, чайных кружках, надувных шарах, значках, авторучках, карандашах, автомобильных наклейках и т. п. Причем в рекламе символика программы соседствует с символикой местного полицейского департамента. И это неслучайно, так как именно полиция осуществляет эту программу.

Во многом благодаря подобной рекламе к 1995 году 25 тысяч офицеров полиции в 300 тысячах классных комнатах, что охватывало более 70% всех школ США, работало более чем с 25 миллионами американских детей, рассказывая им об опасностях современного общества, делая основной упор на вреде наркотиков. Эффект этой программы впечатляет даже специалистов, которые отмечают высокую степень доверия детей к занятиям, проводимым полицией.

Программа охватывала детей начиная с возраста попадания в детский сад и заканчивая возрастом окончания средней школы. Полицейские не только рассказывали об опасностях, которые окружают детей, но и развивали в детях уверенность в себе и позитивное отношение к будущему. Так как одной из причин саморазрушения личности, начинающегося в юности с сигарет, алкоголя, наркотиков, является отсутствие надежды, отчаяние, то лучшей профилактикой этого является забота, особенно забота со стороны полиции.

Результаты такого внимания полиции впечатляют. Недавнее исследование института Гэллапа (Gallup) окончивших средние школы, где была эта программа, показало, что 93% никогда не пробовали наркотиков, 75% — сигарет, 70% —

алкоголя. Более 94% опрошенных верят, что именно с помощью программы D.A.R.E. они избежали наркотиков, алкоголя, улучшили уверенность в себе или стали вести себя более эффективно со сверстниками, т. е. отметили положительную роль программы.

Огайский государственный университет (Ohio State University), опросивший три тысячи выпускников одиннадцатого класса, обнаружил, что 72% учащихся, имевших в своей школе программу D.A.R.E., относятся к группе с самым низким уровнем риска в отношении наркотиков и насилия, против 58% учащихся школ, которые не участвовали в этой программе.

Иллинойский университет (University of Illinois), проводивший свое исследование среди пятиклассников, пришел к выводу, что программа D.A.R.E. имеет значительный эффект против употребления наркотиков. Девяносто процентов опрошенных высказались о сильном личном одобрении программы. По мнению проводивших этот опрос, школьники, охваченные программой, более негативно, по сравнению со сверстниками, относятся к наркотикам, оружию и насилию, наиболее отчетливо среди детей представляют себе оказываемое средствами массовой информации давление в употреблении спиртных напитков.

Кроме этого, в общественном сознании полиция отождествляется с заботой о детях, что, безусловно, повышает авторитет правоохрани тельных органов1 . Проведение подобных программ целесообразно и в России, так как такая деятельность, помимо профилактики правонарушений, приводит к формированию в молодежной среде позитивно го мнения о правоохранительных органах. Реклама в данном случае является лишь средством популяризации выступлений представителей правоохранительных органов в молодежных аудиториях, и со своими задачами успешно справляется.

Рекламная кампания против насилия. Этот способ использования рекламы в профилактических целях был использован в США для усмирения страстей, разгоревшихся после оправдания четырех белых полицейских, которые обвинялись в незаконном избиении чернокожего американца. Актер Том Круз, певец Айс Тэ и некоторые другие записали свои обращения к общественности, чтобы таким путем воздействовать на возникшие беспорядки. Причем это было сделано совершенно бесплатно, как акция общественного служения.

В настоящее время американская рекламная индустрия рассматри вает рекламную кампанию против насилия как свою общественную обязанность. Ведется речь о необходимости изыскать фонды для создания позитивной антинасильственной рекламной кампании. В сюжетах такой рекламы можно показывать последствия беспорядков в виде перевернутых автомобилей, интервью людей, которые понесли материальные убытки от беспорядков. Все это может сопровождаться призывами не жечь дома, ничего не уничтожать. Подразумевается, что затраты на создание и прокат такой рекламы меньше экономического ущерба от массовых волнений и беспорядков 2.

В Российской Федерации целесообразность такой рекламы может быть особенно очевидна, например, в зоне национальных конфликтов.

2. Создание положительного образа правоохранительных органов для контакта с ними населения

Важно формировать у населения положительный образ правоохра нительных органов, что позволяет поощрять граждан к сотрудничеству с ними. При этом реклама не является единственным средством создания и поддержания позитивного отношения общественности к полиции. Существуют и многие другие факторы, влияющие на это, в том числе и освещение деятельности полиции средствами массовой информации и т. п.

В США существует и успешно применяется так называемая имиджевая реклама, которая рекламирует положительный образ той или иной организации или учреждения. Рекламодателем часто выступает федеральное правительство. Так, например, рекламируется служба в армии, флоте, авиации, морской пехоте. Существует и реклама правоохранительных органов, в частности полиции. Надо признать, что такая реклама направлена не только на создание положительного образа полиции, формирование уважительного отношения общественности к нелегкому труду сотрудников правоохранительных органов (хотя эти цели, безусловно, преследуются как одни из главных), но имеет в виду и привлечение достаточного количества желающих попробовать свои силы на данной службе.

Интересной формой сотрудничества полиции и коммерческой организации является сделка, заключенная в 1995 году, между фирмой Уолта Диснея (Walt Disney) и

Канадской королевской конной полицией (Royal Canadian Mounted Police). Согласно условиям этого пятилетнего контракта фирма Диснея будет заниматься маркетингом и лицензированием товаров, использующих отличительную символику Канадской королевской конной полиции — красные саржевые мундиры, плоские шляпы с полями, голубые брюки с желтым кантом.

Лицензионные сборы для товаров, использующих эту символику, составят десять процентов от оптовой цены того или иного товара. В1995 году доля фирмы Диснея составляла сорок девять процентов, конной полиции — пятьдесят один процент. Через пять лет доля фирмы Диснея составит сорок пять процентов, конной полиции — возрастет до пятидесяти пяти процентов.

Причиной подписания контракта явилось то обстоятельство, что полиции не свойственны функции маркетинга и лицензирования товаров, а фирма Уолта Диснея с ее международной маркетинговой сетью и опытом в продвижении товаров может умело использовать имидж силовой структуры в США, Великобритании, Японии и некоторых странах Европы теми способами и методами, которыми по понятным причинам не владеет королевская полиция.

Интересы фирмы Диснея, естественно, не заключались во всемирном признании полицейской символики. Речь шла о многочисленных товарных потоках, нацеленных на все бюджеты, возрасты и виды деятельности, которые для хорошего запоминания своей продукции будут использовать яркий образ королевской полиции. Существуют планы использования полицейской символики для одежды (жакетов, юбок, галстуков) и товаров для дома (стеклянной посуды и полотенец). Не исключается серия товаров для детей и поклонников спорта.

Интересы королевской полиции заключались в вытеснении нелицензионных товаров из американских и канадских магазинов уже к концу 1995 года, популяризации своего имиджа и возможном увеличении денежных поступлений.

Данная сделка представляет собой удачное решение проблемы популяризации имиджа полиции, а также не лишена некоторой экономической выгоды3.

Другим интересным примером использования в рекламе образа полиции является деятельность Северо-Западной полиграфической компании (North-West Paper Company), штаб-квартира которой расположена в городе Клокует (Cloquet), штат Миннесота. Эта компания в 1931 году искала для развития своей рекламной тематики образ, олицетворяющий силу, надежность и исполнительность. Таким требованиям удовлетворил образ Северо-Западной конной полиции (North-West Mounted Police), который используется в рекламе вот уже более полувека.

Цветные динамичные иллюстрации украшают журнальные рекламные объявления, календари, блокноты для записей и другие печатные материалы, продвигая образ полиграфической компании в конкурент ной борьбе в печатной индустрии.

Северо-Западная полиграфическая компания собирает коллекцию картин о Северо-Западной конной полиции. В настоящее время в коллекции насчитывается около четырехсот полотен. Такому собранию живописи стали тесны стены штаб-квартиры компании, поэтому в настоящее время коллекция экспонируется в музее университета Миннесоты (Tweed Museum of Art of the University of Minnesota).

Разумеется, что в данном случае компания использует образ полиции, в первую очередь, для популяризации своей деятельности, а не правоохранительных органов. Однако надо признать, что для полиции такой интерес компании к себе тоже небезвыгоден. Достаточно назвать распространение образа полиции в печатной продукции и коллекцию картин, которая бы при других обстоятельствах не была бы собрана и, соответственно, не выставлялась бы для обозрения всех желающих 4.

Применение рекламной деятельности в формировании обществен ного мнения о деятельности органов внутренних дел предусматрива ется и в Российской Федерации. В частности, признается необходимость организовывать подготовку, выпуск и распространение качествен ной рекламной продукции (имиджевые календари, плакаты, открытки и т. д.).

§ 2. Оперативно-розыскные аспекты использования рекламы

Оперативно-розыскные аспекты использования рекламы правоохранительными органами включают в себя получение информации о совершенных преступлениях и задержание преступников.

1. Взаимодействие правоохранительных органов с населением для получения информации о совершенных преступлениях

Программы получения анонимной информации о совершенных преступлениях за вознаграждение в США во многом строятся на информировании населения о таких программах через рекламу. Подобные программы инициируются обычно либо местными властями, озабоченными уровнем преступности, либо местными объединениями предпринимателей, страдающими от ограблений. Вознаграждение может обеспечиваться как путем добровольных нерегулярных пожертвований со стороны предпринимательских структур, средств массовой информации, религиозных организаций, отдельных граждан, так и путем регулярных взносов со стороны членов той или иной ассоциации бизнесменов или коммерческих структур.
Вопрос о вознаграждении рассматривается руководящим органом организации-учредителя программы, обычно состоящим из наиболее уважаемых представителей общественности. Критерием для присуждения вознаграждения выступает обвинительное заключение жюри присяжных или даже заключение районного прокурора о достаточности доказательств, полученных путем подобной программы, для такого обвинительного заключения.
Представляется целесообразным более детально исследовать результаты действия некоторых из подобных программ.
Программа «Криминальная Линия». Данная программа действовала в городе Луббок, штат Техас. Программа начала действовать в апреле 1979 года как результат осуществления предвыборных обещаний одного из кандидатов, добившегося избрания на пост мэра в 1978 году. Победивший кандидат решил поощрить участие граждан в контроле за преступностью, уровень которой в этом консервативном по американским меркам городе был достаточно высок.
Программа «Криминальная Линия» гарантировала гражданам вознаграждение за предоставление информации полиции при условии, что сообщенные сведения приведут к обвинительному заключению жюри присяжных или районный прокурор еще до судебного процесса посчитает полученную информацию достаточной для получения в последующем такого обвинительного заключения. Анонимность информаторов защищалась через кодовую систему номеров, дававшихся при первом телефонном контакте. Исключения анонимности случались по просьбе самих сообщавших информацию. Граждане извещались о преступлени ях, по которым требовалась информация, через газетную рекламу, причем такие обращения делались только через средства массовой информации, другие источники поиска помощи общественности не использовались. В рекламных объявлениях описывалось совершенное преступление и сообщалась имевшаяся в наличии информация о подозревае мом. Также в рекламе говорилось о предлагаемом вознаграждении и указывался номер специальной телефонной линии для звонков граждан. Предусматривались также и вознаграждения за ценную информацию относитель но преступлений, о которых не сообщалось в этих рекламных объявлениях.
Вопросы о вознаграждениях решались Руководящим советом «Криминальной Линии», состоящим из 25 человек, один из которых являлся президентом. В совет входили тринадцать бизнесменов, три адвоката, два газетных служащих, один представитель телевидения, один священник, один педагог и четыре частных лица.
Один из членов совета был чернокожим, один — имел мексиканское происхождение. В совете были три женщины. Всех этих лиц попросил войти в совет мэр, который также был уполномочен назначать новых членов совета в случае изменения состава. Никто из членов руководящего органа «Криминальной Линии» не мог быть смещен мэром, не оплачивался и был свободен от какого-либо контроля в своей деятельности.
Совет определял, какие категории преступлений будут включаться в программу (были включены убийства, изнасилования, вооруженные ограбления, кражи со взломом, поджоги, нападения с отягчающими обстоятельствами, розыск скрывающихся преступников). Совет был уполномочен добавлять другие виды преступлений в этот список по собственному выбору.
Комитет по выплате вознаграждений совета решал вопросы о сумме вознаграждения, которое должно было быть выплачено за информацию. Обычно выплачиваемые суммы колебались в диапазоне от трехсот до тысячи долларов. По более значительным суммам Комитет принимал решение при наличии особых обстоятельств.
Сержант детективов был ответственен за подбор 10—12 дел еженедельно. Мэр выбирал из них те, о которых затем сообщалось в рекламных объявлениях. Большинство преступлений, о которых упоминалось в рекламе, имело место за одну-две недели до выхода рекламы. Преступления, которые были совершены

значительно раньше, упоминались в рекламе в надежде получить ценную информацию, которая могла бы помочь разрешить эти так называемые «повисшие» дела, что иногда и случалось.

Для того чтобы поощрять контактность информаторов, их просили звонить периодически. Также посредством этого обеспечивалось сообщение информаторам размеров их вознаграждений и сроков их получения. Получение денег было организовано через использование специальных мест, принадлежавших бизнесменам—членам Комитета по выплате вознаграждений, в них оставлялись конверты с деньгами, которые вручались любому лицу, правильно называвшему специальный номер-код.

Комитет по выплате вознаграждений также определял размер денежных сумм за информацию, которая оказывалась недостаточной для обвинительного заключения. На случай сомнений со стороны сообщавших информацию в справедливости решений Комитета по выплате вознаграждений такие обращения могли быть рассмотрены Комитетом по жалобам, а в некоторых случаях — советом в полном составе, которые могли пересматривать решение комитета о вознаграждении и выносить окончательный вердикт.

Деньги для выплат вознаграждений искались членами совета в процессе их деятельности, направленной на увеличение фондов. В этой стадии деятельности совета президент играл самую активную роль. Так, в течение апреля—декабря 1979 года «Криминальная Линия» получила восемнадцать тысяч двести десять долларов сорок один цент в качестве взносов. Приводимая ниже таблица 1 показывает различные источники этих поступлений.

Таблица 1

Источник поступления

Частный бизнес 3295 18 19

Ассоциации предпринимателей 6300 35 3

Финансовые институты 1571 9 11

Итого от коммерческих организаций 11166 62 33

Газета 3042,41 17 1

Религиозные организации 1000 5 1

Отдельные граждане (многие из них

бизнесмены) 3002 16 66

Итого от некоммерческих организаций 7044,41 38 68

Сумма

Кол-во

взносов

$

%

Зарегистр.

прест.

Реклам.

прест.

Выплачено вознагражд.

кол-во

%

кол-во

%

В таблице 2 собраны данные о действии программы «Криминаль ная Линия» за первые тринадцать месяцев — с апреля 1979 года по апрель 1980 года включительно.

Таблица 2

Вид преступления

Убийство 27 0,2 15 7,4 14500

Нападение с отягчающими 701 5,2 2 1,0 1000

последствиями

Все виды сексуальных 111 0,8 21 10,3 7400

преступлений

Грабеж 220 1,6 20 9,9 7800

Вырывание сумочки 91 0,7 1 0,5 300

Итого преступлений 1150 8,5 59 29,1 31000

против личности (41,4%)

Дорожные инциденты 652 4,9 2 1,0 300

Поджог 195 1,5 3 1,5 1100

Кража со взломом 3910 29,2 133 65,4 39900
Воровство 7257 54,1 5 2,5 1900
Подлог 238 1,8 1 0,5 300
Итого преступлений 12252 91,5 144 70,9 43800
против собственности (58,6%)
Всего 13402 100 203 100 74800
Разысканные преступники 58 18600
До подведения этих итогов действия программы «Криминальная Линия» учеными были высказаны две гипотезы. Первая из них заключалась в том, что программа, вероятно, будет рекламировать преимущественно преступления против собственности. Вторая — заключалась в том, что суммы вознаграждений, вероятно, будут отражать источник денежных поступлений.
Проверим теперь эти высказанные гипотезы. В таблице 2 находим, что посредством рекламы сообщалось о 59 насильственных преступле ниях, что составило 29,1%, и о 144 преступлениях против собственно сти, что составило 70,9%. Всего же было совершено 1150 насильствен ных преступлений, что составляло 8,5%, и 12252 преступления против собственности, что составляло 91,5%. Таким образом, видно, что первая гипотеза опровергается.
Зарегистр.
прест.
Реклам.
прест.
Выплачено вознагражд.
кол-во
Что касается второй гипотезы, то в таблице 2 находим, что по насильственным преступлениям выплаты составили 31000 долларов, что составило 41,4%, а по преступлениям против собственности — 43800 долларов, что составило 58,6%. В таблице 1 видно, что от коммерческих организаций поступило 62% всех средств, а от некоммерческих организаций — 38% всех средств. Как видим, это похожие пропорции. Таким образом, коммерческие организации, кажется, получили возврат своих денег. А если грабеж и вырывание сумочки отнести в другую часть таблицы (к преступлениям против собственности, что было бы правильнее), то можно найти, что бизнес с лихвой окупил свои затраты. Представляется совсем не удивительным то обстоятельство, что «Криминальная Линия» расплатилась за предоставленную информацию сообразно вниманию к себе со стороны лиц, дававших деньги.
Еще один вывод действия программы заключался в том, что, по-видимому, из-за того, что в совете было мало представителей меньшинств, в тех случаях, когда потерпевшими оказывались, например, американцы мексиканского происхождения, вознаграждение предлагалось в меньшем размере.
Интерес коммерческих организаций к данной программе был высоким, так как они могли сотрудничать, контролировать программу, что как бы символически демонстрировало общественности их обеспокоенность ситуацией в городе5.
«Совет по преступлениям Далласа». Другой метод в создании программы получения информации о совершенных преступлениях был использован в Далласе, штат Техас. В конце 1973 — начале 1974 года этот город испытал беспрецедентную волну вооруженных ограблений различных магазинов, которые приводили и к убийствам торгового персонала. Эти убийства не имели какого-либо специфического почерка и казались совершенно несвязанными между собой. Шеф полиции Далласа, пытаясь остановить волну ограблений и убийств, обратился к гражданам с призывом сообщить полиции любую информацию, которая могла бы помочь в установлении и аресте грабителей и убийц.
Трое видных бизнесменов, руководители крупных торговых объединений, откликнулись на призыв и предложение шефа полиции и окружного прокурора создать организацию, объединяющую деловые круги города, которая бы предлагала денежные вознаграждения за информацию, ведущую непосредственно к аресту и обвинению лиц, грабивших магазины Далласа. При поддержке шефа полиции и окружного прокурора в середине января 1974 года был создан Совет по преступлениям Далласа.
Объявление о первом вознаграждении совета в пять тысяч долларов за информацию, ведущую к аресту и обвинению грабителей и убийц хозяев маленького бакалейного магазина, было сделано на пресс-конференции в офисе окружного прокурора. В течение часа после объявления полиция Далласа получила

информацию о преступнике, который вскоре был арестован. Информатору, пожелавшему остаться неназванным, было выплачено пять тысяч долларов.
Фонды для денежных вознаграждений и функционирования совета были первоначально внесены различными бизнесменами, компаниями и частными лицами. Однако, чтобы обеспечить пополнение фондов для вознаграждений и не прерывать деятельности совета, было решено, что совет будет организацией, основанной на членстве, с ежемесячными взносами.
«Совет по преступлениям Далласа» открыт для вступления в него любой организации розничной торговли графства Даллас, с членством для каждого отдельно взятого магазина. Торговые объединения, имеющие в своем составе много магазинов, должны платить взносы за каждый магазин, включенный в организацию на правах члена. Взносы составляют пять долларов в месяц для одного члена, с первоначаль ным взносом в десять долларов. Эти взносы покрывают расходы, связанные с функционированием совета. Суммы вознаграждений варьируются в зависимости от серьезности преступления — тысяча долларов (если было совершено только ограбление), две с половиной тысячи долларов (если во время ограбления были причинены серьезные повреждения персоналу магазина), пять тысяч долларов (в случае смертельного исхода в ходе ограбления).
Вознаграждение предлагается автоматически, если произошло ограбление магазина—члена организации, и выплачивается тем, кто предоставил в полицию или в совет информацию, ведущую к аресту и обвинению виновных лиц за ограбление или более тяжкое деяние, которое могло возникнуть во время ограбления. Вознаграждения выплачиваются только за преступления, совершенные против членов организации, так как все фонды для выплат складываются из скромных взносов этих членов.
За первые четыре с половиной года совет заплатил в качестве вознаграждений тридцать семь с половиной тысяч долларов в двадцати одном случае. Должностные лица полиции признали, что многие случаи, в которых были выплачены деньги, не были бы раскрыты без этой программы.
Успех программы был обеспечен двумя основными факторами: во-первых, предоставлением неполицейского телефонного номера, который мог быть использован для сообщения информации без звонка в полицию; во-вторых, гарантией совета, что личность информатора будет сохраняться в тайне и не будет разглашена ни полиции, ни обвиняемому. В некоторых случаях информатор обозначался только номером и не был известен даже персоналу совета.
При учреждении программы вознаграждений изучался накопленный опыт аналогичных программ получения информации за деньги. Он показал, что в прошлом большинство вознаграждений выплачива лось только в случаях, когда у осужденного были исчерпаны все возможные способы борьбы за пересмотр вынесенного приговора суда. Вознаграждения могли не выплачиваться два-три года и даже дольше после ареста преступника. Поэтому совет определил, что его вознаграждения будут выплачиваться сразу после предъявления обвинения. Предполага лось, что, так как это происходит обычно в течение нескольких недель после задержания, получение информатором вознаграждения в его сознании будет более тесно связано с оказанной помощью.
Решение о том, заслуживает или нет отдельно взятая информация денежного вознаграждения, не было оставлено исключительно на усмотрение совета. В каждом случае было необходимо письмо от соответствующего полицейского департамента с подтверждением того, что информация, предоставленная информатором, непосредственно привела к аресту и последующему уголовному обвинению.
Из звонков и обращений, полученных советом, выяснилось, что иногда люди не сознают того, что совет не расследует преступления. Поэтому в рекламе особо подчеркивалось, что вся информация о преступлениях, полученная советом, незамедлительно передается соответствующим чинам полиции для использования в расследовании.
Конечно, необходимо было разработать специальные правила, которые бы гарантировали, что вознаграждения не выплачиваются ни потерпевшим, которые и так обычно предоставляют полиции всю имеющуюся у них информацию, ни как результат какого-то закулисного решения. Поэтому правила совета четко предусматривали, что вознаграждение не выплачивается потерпевшим, а также другим лицам, которые принимали участие или как-либо были вовлечены в преступление.

Много интересных случаев произошло в связи с осуществлением данной программы получения информации о совершенных преступлениях. Через день после ограбления бакалейно-гастрономического магазина в офисе совета раздался телефонный звонок. Звонивший назвал имя грабителя, его домашний адрес, дал описание автомашины и даже сообщил место и часы работы преступника. Информация звонившего была такая детальная, что было первоначально заподозрено, что он сам принимал участие в ограблении. Однако на расспросы звонивший заявил, что он был соседом грабителя по камере, когда они вместе находились в заключении, а после совершения преступления грабитель проговорился ему о содеянном. Эта информация была передана в полицию, которая устроила опознание преступника по фотографии торговым персоналом. Последовали арест и предъявление обвинения. Информатору было выплачено вознаграждение в размере одной тысячи долларов.

Другой случай интересен из-за качества полицейской работы, приведшей к аресту трех грабителей, и отношения к вознаграждению со стороны информатора. Менеджер магазина детских товаров, покидавший свой магазин поздно вечером, заметил нескольких лиц, бегущих из бакалейного магазина через улицу. Пронаблюдав, как они, сев в автомобиль скрылись, он незамедлительно сообщил в полицию описание автомобиля и направление его движения. В это время служащий ограбленного магазина еще только сообщал в полицию о факте ограбления.

Полицейский вертолет, находившийся поблизости, после получения по рации описания автомашины и маршрута ее движения засек машину и зафиксировал ее номер. Номер дал имя и адрес зарегистри рованного владельца. Когда грабители прибыли к месту жительства собственника машины в Южный Даллас, они были встречены поджидавшими их двумя нарядами местных полицейских, арестованы и позднее обвинены в совершенном преступлении.

Менеджер магазина детских товаров на церемонии награждения заявил, что половину своего вознаграждения в тысячу долларов он передает на благотворительные цели.

Хотя программа вознаграждений за полученную информацию — основная деятельность совета, этим она не исчерпывается. Совет поддерживает тесную связь с полицией и судьями. Это позволяет оперативно получать информацию о количестве и местах ограбления, другие статистические данные, характеризующие состояние преступнос ти в Далласе.

Совет никогда не конкурирует с полицией и не вмешивается в ее деятельность. Такое отношение в результате привело к тому, что полиция уважительно относится к деятельности совета и поддерживает его программу вознаграждений. Газета «Полицейские новости Далласа», издаваемая отделом общественной информации полицейского департамента Далласа, дважды на первой странице публиковала статьи о программе вознаграждений совета, где высоко оценивались полученные результаты, что являлось точкой зрения правоохранительных органов на программу. В другом случае шеф полиции Далласа присоединился к президенту совета в публичном признании заслуг двух мужчин, которые преследовали и схватили грабителя бакалейного магазина.

Без взаимодействия совета и полиции программа вознаграждений за информацию о совершенных преступлениях не могла бы быть столь эффективной.

Так как течение времени ослабляет человеческую память и затрудняет установление личностей тех, кто совершает вооруженные ограбления, вознаграждения совета были действительны в течение только шести месяцев после совершения ограбления. Однако директора совета были вправе продлять этот срок при наличии заслуживающих того обстоятельств.

Успех программы вознаграждений, естественно, всецело зависел от степени, в которой общественности известно, что предоставлени ем информации могут быть заработаны денежные суммы. Совет сообщал о вознаграждениях через изобразительную рекламу, строчно-руб ричную рекламу и новости. Внимание общественности к программе поддерживалось посредством небольших рекламных плакатов в салонах примерно двухсот городских автобусов. Делались рекламные объявления по местному радио и местным телеканалам. Магазины, участвующие в программе, имели на своих дверях специальные рекламные наклейки, говорящие о том, что на данный магазин распространяется действие программы денежных вознаграждений в одну, две с половиной и пять тысяч долларов за информацию о возможных ограблениях данного магазина.

Ежегодно совет приглашал шефов полиции графства Даллас принять участие в традиционной телевизионной пресс-конференции, посвященной началу операции «Праздничная война преступности». На ней шефы полиции рассказывали, не

раскрывая деталей, о планах мероприятий по снижению количества ограблений во время сезона осенне-зимних праздников, а руководители совета напоминали о вознаграждениях, которые предлагались за информацию об ограблениях.
Совет сотрудничал с отдельными представителями частного бизнеса, не входящими в него, и гражданскими организациями, предоставляя им возможность пользоваться своей широко разрекламирован ной программой вознаграждений и телефонным номером в тех случаях, когда преступления были совершены в организациях, не являющимися членами совета. Так, например, торгово-промышленная палата соседнего города использовала эти возможности, предлагая вознаграждение за информацию относительно убийства бизнесмена в этом городе. До этого случая объединение ресторанов, еще не имея членства в совете, использовало те же преимущества программы для выплаты вознаграждения в десять тысяч долларов в связи с убийством в одном из ресторанов объединения.
Одной из дополнительных выгод от деятельности совета было получение информации о преступлениях, по которым вознаграждение не предлагалось. Такая информация, полученная через совет, передавалась полиции, что в результате во многих случаях приводило к арестам и официальным обвинениям.
Совет проводил свои собственные исследования сценариев ограблений, применения оружия и т. п. Торговый персонал после сообщения об инциденте в полицию опрашивался сотрудниками совета. Полученные данные внимательно анализировались, а выявленные закономерности отмечались. Если, например, какой-то определенный микрорайон страдал от повторяющихся ограблений, то на этот факт обращалось внимание полицейского департамента с просьбой уменьшить интервал движения патрулей в этом месте или сделать более видимым присутствие полиции в этом микрорайоне.
Обязанностью граждан, которые были свидетелями преступления или имеют информацию, способную помочь в аресте преступников, является передача таких сведений в полицию. Однако на практике известно слишком много случаев отношения к этому типа «я не хочу быть в это вовлеченным». Анонимность звонивших гарантируется советом, когда информатор этого хочет, а потенциальное вознагражде ние обычно перевешивает такое равнодушное отношение к исполнению своих гражданских обязанностей. Таким образом, в распоряжение полиции попадает информация, которая бы при других условиях могла бы быть не полученной 6.
Представляется, что для осуществления подобных программ получения информации о преступлениях за вознаграждение никаких препятствий в России не существует. Как видно из американского опыта, такие программы могут быть инициированы как местными властями, так и подсказаны правоохранительными органами представителям деловых кругов. Думается, что такая инициатива со стороны органов внутренних дел вполне впишется в их задачи.
Надо отметить, что такая работа осуществляется. Например, при содействии УВД Волгоградской области создана телевизионная программа «Криминальный блок», которая, помимо совершенных преступлений, информирует телезрителей о номерах «горячих» телефонных линий, обращается за помощью в раскрытии преступлений.
Представляется, что идея создания некоммерческой организации, предлагающей вознаграждения за информацию о совершенных преступлениях, может быть подсказана представителям деловых кругов такими телепрограммами или газетами, издающимися при содействии правоохранительных органов (например, в Волгоградской области — газета «По оперативным сводкам УВД»).
Такая деятельность УВД вполне впишется в повышение эффективности взаимодействия органов внутренних дел с общественными объединениями и населением. А успешное осуществление подобных программ получения информации возможно, как это уже показал американский опыт, в котором реклама была средством добиться внимания общественности. В российской действительности реклама также способна достучаться до любого человека, в то время как возможность бесплатного использования средств массовой информации снижается в связи с увеличением негосударственных СМИ, которые безвозмезд но передавать информацию не будут.

2. Использование рекламы для задержания преступников

Одними из наиболее интересных примеров использования рекламы правоохранительными органами являются случаи использования американской полицией факта широкого распространения бесплатных лотерей. Эти лотереи часто сопровождают приобретение каких-либо товаров или услуг, являясь своеобразным

дополнительным призом потребителю за покупку товара или даже за стремление его испытать на практике с правом отказа и возврата денег, если товар по каким-то причинам не устроил потребителя.
Такие бесплатные лотереи, организуемые товаропроизводителями, являются частью их стратегии по продвижению товара на рынок. Естественно, что о подобных лотереях не забывают упомянуть в рекламе как еще об одном преимуществе товара для потребителей. Именно на факте широкого распространения такой рекламы построили поимку некоторых скрывающихся преступников отдельные департаменты американской полиции.
Учитывая распространенность упоминания о таких бесплатных лотереях в рекламе, американская полиция изготавливает поддельные письма с извещениями о выигрыше, приглашая разыскиваемых преступников в специальные места за получением призов, где и арестовывает их. Надо отметить, что извещения о выигрыше в реальных лотереях делаются через почту, поэтому сам по себе факт получения такого извещения не способен насторожить разыскиваемого правонарушителя. Возможность выигрыша в лотерею для преступника обусловлена рядом обстоятельств: огромным числом таких лотерей, автоматическим включением в них только из-за факта покупки товара. Включение в бесплатную лотерею может производиться организато рами только из желания привлечь особое внимание получателей рекламной информации к такой почтовой корреспонденции, т. е. даже без приобретения чего-либо потребителем. Таким образом, нельзя быть уверенным на сто процентов в своем участии или неучастии в розыгрыше, так как это может делаться без вашего согласия.
В качестве приманок выступают такие вещи, как широкоэкранный телевизор, музыкальный центр, видеомагнитофон, билеты на спортивные соревнования и даже просто денежные суммы. Вашингтонская полиция использовала как приманку билеты на бейсбол и схватила 101 скрывающегося от правосудия преступника в 1985 году. Причем их пытались безуспешно выследить годами, после чего решили использовать менее традиционный подход. И он дал свои результаты: 101 человек польстился на бесплатный билет, который на практике оказался лишь бесплатным пропуском в тюрьму.
Недавно полиция Мемфиса, штат Теннеси, использовала точно такую же методику, чтобы поймать 32 преступника. В качестве приманки использовалась бытовая электроника. Даже когда преступники были схвачены, некоторые из них все-таки хотели знать, смогут ли они получить обещанный широкоэкранный телевизор. Аналогичную методику применяла и полиция штата Иллинойс в Чикаго7.
Ничего подобного, насколько это известно авторам, в Российской Федерации не существует. И это вполне объяснимо, если принять во внимание тот факт, что упоминание в рекламе о бесплатных лотереях для потребителей как еще об одном преимуществе приобретаемого товара не является столь широко распространенным в России, как в США. В качестве имеющегося примера из российской рекламной практики можно привести продвижение водки «Довгань», каждая бутылка которой снабжена специальной цифровой комбинацией, принимающей участие в розыгрыше призов. Однако технология бесплатной лотереи построена таким образом, что информирование о выигрышах производится через средства массовой информации, а не непосредственно по адресам потребителей, коими компания «Довгань» не располагает.
Таким образом, применение указанного американского способа поимки преступников, основанного на использовании рекламы в интересах полиции, в чистом виде в настоящее время в России практически невозможно, главным образом, по причине отсутствия специфических условий в организации продвижения товаров в России. Если среднему американцу приходится неизбежно предоставлять сведения о своем проживании третьим лицам, так как его деловое общение неотъемлемо связано с оплатой различных счетов, высылаемых через почту, что чрезвычайно удобно, то среднестатистическому россиянину нет необходимости столь часто сообщать свой домашний адрес посторонним лицам. Кроме того, что намного важнее, в США очень развита перепродажа баз данных потребителей с их адресами между компаниями. Поэтому для американца совсем неудивительно получить письмо от компании, о которой он никогда не слышал, с информаци ей рекламного характера, в той или иной степени связанной с продвижением товара. У россиянина подобное письмо вызовет в настоящее время по меньшей мере удивление.
Однако система почтовой продажи товаров, которая является главным поставщиком и приобретателем баз данных потребителей, стремительно развивается в России и

постепенно начинает завоевывать популярность у населения, а это является своеобразным залогом того, что с течением времени российский потребитель будет приучен воспринимать рекламно-информационную корреспонденцию как само собой разумеющееся. Подобная корреспонденция, составляющая неотъемлемую часть почты западного потребителя, по своей природе обязана искать новые интересные формы завлечения людей, в том числе и различного рода бесплатные лотереи, чтобы поддерживать интерес адресата к товарам.

Таким образом, развитие рыночных отношений в нашей стране неизбежно, по мнению авторов, приведет к такому положению вещей, которое сделает возможным в обозримом будущем применять в России описанный способ использования рекламы в правоохранитель ных целях, добиваясь при этом положительных результатов.

Применение данного способа, конечно, станет эффективнее в обстановке широкого распространения рекламно-информационных материалов по почте, так как не будет вызывать чувства подозрительно сти у адресатов. Такого уровня распространения подобных материалов в нашей стране в настоящее время нет.

Однако представляется возможным применение указанной методики в видоизмененной форме. Первоначально по адресу скрывающе гося преступника отправляется рекламно-информационная брошюра с предложением приобрести товары посредством почтового заказа от несуществующей фирмы. Ассортимент якобы предлагаемых товаров должен быть обычным для организаций, осуществляющих такую деятельность, чтобы не насторожить преступника, например, книги, видеокассеты и т. п. Вместе с прилагаемой брошюрой, изготовленной по образу и подобию реально существующих буклетов, направляется письмо, в котором указывается, что, помимо возможного приобретения тех или иных товаров, адресату предоставляется уникальная возможность принять участие в бесплатной лотерее, организуемой среди клиентов фирмы, где будут разыгрываться ценные призы.

Для правдоподобности целесообразно указать, сколько и каких ценных призов разыгрывается. Набор этих ценных призов берется из реального рекламного объявления. Далее указывается, что для участия в данной бесплатной лотерее ничего делать не надо, вы участвуете автоматически как особо ценный потенциальный клиент фирмы. Для правдоподобности следует указать, что в случае заказа какого-либо товара шанс выигрыша в лотерее вырастает пропорционально количеству наименований заказанного товара, так как в розыгрыше помимо листков с фамилиями принимают участие купоны с заказами товаров. Поэтому чем больше товаров заказывается одним лицом, тем больше у него вероятность выигрыша.

Через некоторое время после такого письма, например, спустя месяц, посылается второе письмо, где сообщается, что разыскиваемый преступник выиграл ценный приз. Для правдоподобности это может быть не главный приз, скажем, не автомобиль, но достаточно ценный и привлекательный, например, японский телевизор с экраном 72 см, за которым надо прийти обязательно лично с предъявле нием документов по такому-то адресу в строго определенный день. Впротивном случае независимо от причин неявки приз по условиям розыгрыша считается невостребованным и принимает участие в следующей лотерее. В случае, если преступник вдруг закажет какой-либо товар, то следует аналогичное по содержанию письмо, в котором лишь добавляется, что выиграл купон заказа, а товар можно получить вместе с ценным призом в торжественной обстановке в офисе фирмы.

Разумеется, данное предложение по применению указанного метода задержания преступников с помощью использования рекламы не является абсолютным, но может быть использовано практическими органами в качестве ориентира. При этом следует понимать, что в соответствии с законом больших чисел результативность метода не является стопроцентной. По мнению авторов, использование данной методики может оказаться эффективнее в отношении лиц, которые регулярно в той или иной форме поддерживают контакты с родственниками и знакомыми, так как существует большая вероятность попадания к ним посланных материалов по известному официальному месту жительства через родственников.

§ 3. Иные аспекты использования рекламы

Иные аспекты использования рекламы правоохранительными органами включают в себя решение финансовых и кадровых проблем.

1. Использование рекламы для решения финансовых проблем правоохранительных органов

Получение дополнительного финансирования посредством рекламы. Одним из новых и противоречивых способов использования рекламы в решении финансовых проблем является размещение рекламы на патрульных машинах. Деньги, получаемые от такой неоднозначной коммерческой деятельности, пополняют бюджет полицейского департамента.

Так, например, чтобы найти средства для оборудования десяти новых автомашин, полицейский департамент в Краун Пойнт (Crown Point), штат Индиана, за полторы тысячи долларов продавал право нанести на багажник надпись о том, что данная патрульная машина была оборудована такой-то фирмой. Данная акция была инициирована властями этого восемнадцатитысячного городка 31 января 1995 года. В настоящее время все двадцать шесть патрульных полицейских машин имеют на своих багажниках рекламные надписи — одну строчку текста с размером букв два дюйма, что составляет примерно пять сантиметров. Эти надписи будут сохранены на машинах в течение их полного четырех-, пятилетнего срока эксплуатации.

Рекламодателями выступили местные банки, страховое агентство, магазин, газета и местный дилер машин «Шевроле», хотя все автомобили были марки «Форд Краун Виктория». Газета, например, купила рекламное место, чтобы продемонстрировать горожанам свою поддержку их акции.

Ассоциация шефов полиции штата Индиана ни поддержала, ни отвергла проект. Ее исполнительный директор Майкл Ворд сказал, что его личной реакцией на это было желание не делать ничего подобного. Однако было признано, что число таких проектов увеличивается, так как налогоплательщики заставляют делать полицию «все больше, но с меньшими затратами».

К идее такой рекламной программы пришел помощник шефа полиции лейтенант Майк Мак-Колли после того, как несколько лет назад увидел в штате Иллинойс пожарную машину, имевшую многочисленные имена спонсоров сзади.

Реакция на подобное решение финансовых проблем была неоднозначной, даже несмотря на то, что полиция не допускала рекламы баров и подобных заведений на своих машинах. Спонсорство машин также подняло вопрос о кажущемся одобрении полицией того или иного вида бизнеса. Уже упоминавшийся лейтенант Мак-Колли не согласился с таким утверждением, заявив: «Я не думаю, что мы собираемся продавать нашу честность за полторы тысячи долларов».

Несмотря на такую общественную реакцию огромное число полицейских департаментов из разных штатов проявило интерес к этой рекламной программе 8.

Аналогичная программа применялась в графстве Сант-Клэйр (Saint Clair), штат Иллинойс. Полицейские машины этого графства будут в течение трех лет нести на своих крыльях название, номер телефона и логотип местной компании по производству сигнализаций за шесть с половиной тысяч долларов за автомобиль. Шериф Мирл Джустус признал, что при сокращающейся поддержке от налогоплательщиков полиция вынуждена искать пути для увеличения денежных поступлений. Такой способ пополнения бюджета полицейского департамента он назвал достаточно простым и выразил надежду на то, что ведущиеся переговоры с другими рекламодателями также увенчаются успехом.

В 1995 году власти штатов Иллинойс, Индиана и Калифорния официально разрешили располагать рекламу на полицейских машинах. По всей стране идет продажа рекламного места на желтых школьных автобусах, в коридорах зданий средних школ, на спортивных майках школьных команд. Власти Атланты, столицы штата Джорджия, рассматрива ют вопрос о продаже права переименования части одной из улиц (William Street), которая носит это название с 1846 года, в бульвар имени одной из местных пивоваренных фирм (Red Brick Ale). Эта фирма в рекламных целях готова купить право переименования части улицы, где располагается ее штаб-квартира, за пятьдесят тысяч долларов. Власти города Буффало (Buffalo), штат Нью-Йорк, продают рекламное место на городских парковочных счетчиках, грузовиках-мусорово зах и других автомашинах, принадлежащих муниципальным властям. Город согласился назвать одну из фабрик по производству краски (Pratt & Lambert United, Inc.) официальным партнером в обмен на ежегодную поставку продукции этой фабрики9 .

Таким образом, реклама на патрульных полицейских машинах не является чем-то экстраординарным для американской действительно сти. Ее надо рассматривать в контексте такого явления, достаточно распространенного в США, как продажа

местными властями рекламных площадей, принадлежащих муниципалитетам. В этой связи даже появилось такое новое понятие, как муниципальный маркетинг.
Учитывая, что данный способ решения финансовых проблем является достаточно неоднозначным в общественном мнении, целесообразно начинать подобные эксперименты в Российской Федерации в МВД с пожарных машин, а также особо тщательно контролировать подбор спонсоров.
Проведение публичных конкурсов. Существует и другой способ использования рекламы полицией для решения финансовых проблем. Это публикация рекламных объявлений о конкурсе по приобретению какого-либо необходимого оборудования (например, компьютерного). Фирмы-конкуренты представляют свои предложения в соответствии с указанными в рекламном объявлении условиями независимо друг от друга, что предоставляет полиции возможность выбора более выгодной цены. Этот способ ведет к экономии денежных средств, а значит, в конечном итоге, направлен на решение финансовых проблем полиции. Данный способ является традиционным и не вызывает смешанных чувств в общественном мнении.
Авторы лично интервьюировали шефа полиции города Гарднер (Gardner), штат Массачусетс, капитана Эдварда Кронина в связи с его опытом использования рекламных объявлений о конкурсе. В целом применению рекламных объявлений о конкурсах была дана положительная оценка как экономящему денежные средства. Сэкономленные средства можно направлять на необходимые нужды по усмотрению шефа полиции.
Единственный случай, который был приведен в качестве отрицательного примера, имел место в связи с необходимостью приобрете ния уникального компьютерного оборудования для патрульных машин, позволяющего получать из патрульной машины практически любую информацию. Приобретение этого оборудования стало возможным в результате получения гранта от федерального правительства. Условием получения федеральных денег являлось приобретение компьютерного оборудования, удовлетворяющего строго определенным техническим требованиям. По законам штата Массачусетс, полицейские департаменты обязаны публиковать рекламные объявления о конкурсах по приобретению оборудования. И даже хотя в штате Массачусетс требуемое компьютерное оборудование можно было приобрести в одном-единственном месте, о котором шеф полиции заранее знал, рекламное объявление о конкурсе, согласно закону, было обязатель ным, что и вызвало сожаление капитана Кронина о напрасно потраченных деньгах на рекламу.
Думается, что логика в законодательстве, предоставляющем равные возможности участия в открытом для всех конкурсе, существует. Речь идет о десятках тысяч долларов налогоплательщиков, которые хотят быть уверены в том, что их деньги используются максимально эффективно и не существует возможности для заключения какого-нибудь не очень выгодного контракта с некой компанией, особо близкой по каким-либо причинам к полицейскому департаменту или его шефу.
Если размещение рекламы на патрульных машинах милиции не описано в отечественной литературе, то проведение конкурсов по закупке тех или иных товаров, о которых сообщается через рекламные объявления, знакомо и российской практике. Так, например, 20 августа 1997 года в «Российской газете» появилось следующее рекламное объявление 10:
Внимание. КОНКУРС!
Главное управление материально-технического и военного снабжения МВД России еженедельно проводит конкурсы по приобретению продовольствия: крупы, макаронные изделия, мясопродукты, консервы рыбные, молочные, сухофрукты, кисель, сухой паек, табачные изделия, картофель, овощи и приглашает к участию производителей
Контактные телефоны : (095) 222-39-61, 222-55-89
Факс: (095) 924-37005, 925-08-42
Адрес : 103031, г. Москва, ул. Б. Лубянка, д. 11, д. 13
Таким образом, американский опыт объявления о проведении конкурсов через рекламу имеет российские аналоги. В связи с этим нет необходимости более подробно анализировать опыт заокеанских полицейских, так как данное явление известно и их российским коллегам.

2. Реклама в решении кадровых задач

Одним из способов привлечения достаточного для отбора количества абитуриентов является реклама. Многие полицейские департаменты в США в настоящее время сталкиваются с проблемой нахождения достаточного для квалифицированного

отбора числа желающих поступить на полицейскую службу, особенно среди женщин и представите лей меньшинств. Вытекающим отсюда следствием является проблема использования ограниченных денежных фондов, предназначенных для рекламы, с максимальной выгодой для полицейского департамента.

С этим столкнулся полицейский департамент Лос-Анджелеса (Los Angeles Police Department), штат Калифорния. Для решения этих возникших проблем был проведен опрос слушателей полицейской академии. Исследовались факторы, повлиявшие на решение стать полицейским, и рекламно-информационные источники, сыгравшие роль в желании служить в полицейском департаменте Лос-Анджелеса. Исследования проводились в 1966 и 1987 годах. В 1966 году опрошены были два класса слушателей полицейской академии, в 1987 году — четыре. Исследование 1987 года было построено аналогично опросу 1966 года для возможных сравнений и содержало двадцать один вопрос с несколькими вариантами ответов.

Несколько интересных фактов выявилось в ходе анализа полученных данных. Решение стать полицейским более пятидесяти процентов опрошенных приняло за пять или более лет до поступления в полицейскую академию. Этот результат позволил сделать вывод о том, что целесообразно сосредоточить усилия профориентационной работы на уровне средней школы и колледжа.

Анализ факторов, повлиявших на выбор профессии полицейского, среди представителей различных этнических групп показал, что для чернокожих американцев наиболее важными были многоаспектность службы (ее разноплановый характер), помощь общественности и ответственность работы; для американцев азиатского происхождения — ответственность работы, помощь общественности и многоаспектность службы; для испаноговорящих американцев — многоаспектность службы, ответственность работы и ее уровень оплаты, помощь обществен ности. Таким образом, в профориентационной работе необходимо подчеркивать эти факторы, и различия в значимости мотивации при выборе профессии между этническими группами должны быть учтены для более эффективных результатов.

Был проведен сравнительный анализ значимости рекламно-инфор мационных источников, через которые сообщалось о наличии вакансий в полиции.

Рекламно-информационный источник	1966 г. (%)	Место	1987 г. (%)	Место
Полицейские	37	3	50	1
Друзья и родственники	38	2	42	2
Колледж и школа	7	7	21	3
Брошюры и проспекты	10	6	17	4
Разное	5	10	10	5
Муниципалитет	5	8-9	8,3	6
Газеты	43	1	8	7
Радио	34	4	5	8-9
Телевидение	14	5	5	8-9
Органы приема на государственную службу	5	8-9	4	10

В 1966 году средства массовой информации, такие как газеты, радио, телевидение, были более важными рекламными источниками. Таким образом, полицейскому департаменту Лос-Анджелеса было целесообразно изменить свою рекламную стратегию с учетом изменившейся за двадцать лет роли различных рекламно-информационных источников. Анализ данных о значении тех или иных рекламных источников дает, безусловно, ценную информацию для более эффективного распределе ния денежных средств между различными способами рекламы.

Анализ других данных, полученных в результате опроса, например, того факта, что репутация полицейского департамента Лос-Анджелеса и его программы спортивной подготовки привлекли, соответственно, 47 и 50 процентов опрошенных, позволяет более эффективно строить рекламу с подчеркиванием того или иного обстоятельства. Другие данные этих исследований содержат ценную информацию, полезную для выбора методики профориентационной работы11.

В приведенном выше примере с полицейским департаментом Лос-Анджелеса обращает на себя внимание сам факт периодического проведения исследований эффективности различных способов рекламы для более оптимального расходования денежных средств.

В Российской Федерации в настоящее время учебные заведения Министерства внутренних дел в целом являются достаточно престижными, что обусловлено целым рядом обстоятельств, в частности предоставлением высшего юридического образования, высоким денежным довольствием обучающихся, социальной

защищенностью, а это обуславливает достаточное число желающих в них поступить. Представляется, что именно этими причинами объясняется практически полное отсутствие рекламы в решении кадровых проблем. В основном, используется организация дней открытых дверей для молодежи и их родителей как постоянная практика образовательных учреждений МВД России, выступление сотрудников органов внутренних дел и военнослужащих внутренних войск перед учащимися общеобразовательных учреждений в целях ранней профессиональной ориентации молодежи. Думается, что этого в настоящих условиях достаточно. Однако о рекламе как возможном средстве решения кадровых проблем забывать не стоит.

Вместе с тем, следует признать, что расходование денежных средств на рекламу для решения кадровых проблем представляется не очень целесообразным по причине отсутствия особой остроты в дефиците кадров, в то время как в целом в общественном мнении о деятельно сти органов внутренних дел преобладают негативные оценки. Около 45 процентов граждан высказывает неудовлетворенность деятельнос тью органов внутренних дел, не верит в их способность обеспечить правопорядок, почти половина пострадавших от преступных посягательств по этой причине не обращается за помощью в правоохрани тельные органы12.

Таким образом, представляется правильным расходовать денежные средства в первую очередь именно на имиджевую рекламу (календари, плакаты, открытки и т. п.) для сотрудничества населения с правоохра нительными органами, а не на рекламу образовательных учреждений системы МВД.

Примечания

1. Подробнее о программе D.A.R.E. см.: Rappleye W.C. Jr. For the future of our children: police help prevent self-destruction // Financial World. — 1996. — 25 March. — P. 83.
2. Более подробно о рекламных кампаниях против насилия см.: A Call to Admen: Help Stop the Riots // Advertising Age. — 1992. — 4 May. — P. 1, 49.
3. Подробнее о сотрудничестве фирмы Уолта Диснея и Канадской королевской конной полиции см.: Barrington S. Walt Disney to oversee Canadian Mounties' product licensing // Advertising Age. — 1995. — 31 July. — Vol. 66, No. 30. — P. 23.
4. Подробнее об использовании образа полиции в рекламе Северо-Запад ной полиграфической компании см.: Naturi R.J. Maintain the Right // American History Illustrated. — 1989. — March. — P. 32—39.
5. Подробнее о программе «Криминальная Линия» см.: Schaefer R.C. Community response to crime in a sun belt city / R.C. Schaefer, W.W.Jr. Nichols // Criminal Justice and Behaviour. — 1983. — March. — Vol. 10, No. 1. — P. 35—46.
6. Подробнее о программе «Совет по преступлениям Далласа» см.: EatonCh.H. The Dallas Metro Crime Council // FBI Law Enforcement Bulletin. — 1978. — August. — P. 1—5.
7. Об этом подробнее см.: Kropp K.J. Promotion Gets Criminals Off Street / K.J.Kropp, A. Maites // Advertising Age. — 1988. — 11 April. — P. 11.
8. Подробнее о рекламе на полицейских машинах см.: Parker T. Squard cars capture sponsors, some flak // Advertising Age. — 1995. — 13 March. — P. 12.
9. Подробнее о продаже рекламных площадей местными властями см.: Blackmon D.A. New Ad Vehicles: Police Car, School Bus, Garbage Truck // The Wall Street Journal. — 1996. — 20 February. — P. B1, B10.
10. Российская газета. — 1997. — 20 августа. — С. 7.
11. Подробнее об исследованиях, проведенных в полицейском департамен те Лос-Анджелеса, см.: Slater H.R. A Comparative Study of Factors Influencing Police Recruitment / H.R. Slater, M. Reiter // Journal of Police Science and Administration.— 1988. — Vol. 16, No. 3. — P. 168—176.
12. Комплексная программа формирования объективного общественного мнения о деятельности органов внутренних дел: Указание № 1/9798 от 28 мая 1997 г. первого заместителя министра внутренних дел /Архив Волгоградской академии МВД России.

Тема 7 Порядок рассмотрения дел о нарушении законодательства о рекламе

§ 1. Контроль за рекламой как критерий регулирования рекламной деятельности

Понятие «регулирование рекламы» имеет различные значения. Многозначность этого термина объясняется широким кругом употребляю щих его субъектов 1. Данное понятие используется юристами, экономистами, специалистами в области рекламы, потребителями и т.п.

Некоторые вкладывают в это понятие очень широкое содержание, говоря буквально о всех видах контроля и регулирования. В этом смысле регулирование рекламы включает в себя деятельность органов саморегулирования, контроль со стороны профессиональных ассоциаций, ассоциаций средств массовой информации, иных общественных организаций, правовое регулирование, деятельность государственных органов и даже внутренний самоконтроль. Другие рассматривают регулирование рекламы в более узком смысле. Поэтому прежде чем использовать это понятие в настоящем исследовании, необходимо оговорить его понимание авторами.

В настоящей работе под регулированием рекламы будет пониматься осуществляемое при помощи любых средств воздействие на общественные отношения в сфере рекламы в целях их упорядочения, охраны и развития.

В литературе предпринимались попытки группировать различные виды воздействий на рекламные отношения с той или иной точки зрения. Так, например, американский ученый Дж. Боддевин (J.Boddewyn) указывал на три различных вида контроля за рекламной деятельностью. Он, в частности, выделял:

1) самоконтроль, под которым понималась внутренняя цензура организаций, действующих в области рекламы, основанная на моральных принципах, этических представлениях о допустимом и пристойном, собственных интересах (так как реклама должна привлекать, а не отталкивать потребителей), возможном применении правовых санкций;

2) контроль со стороны государственных органов, основанный на существующих правовых актах;

3) контроль со стороны себе подобных, например, ассоциаций предпринимателей (общественный контроль) 2.

Такой подход к регулированию рекламы, безусловно, имеет право на существование. Он представляется удачным с точки зрения менеджмента, так как помогает четче обозначить источники регулирования рекламы, а следовательно, лучше управлять рисками предпринима тельской деятельности. Можно сказать, что критерием для классификации здесь является инициатива тех или иных субъектов в контроле за рекламой.

С точки зрения правового исследования, критерий для классификации должен быть иным — разграничение следует производить по использованию или неиспользованию права. И в этом смысле можно говорить о правовом регулировании и регулировании иными средствами. Правовое регулирование рекламной деятельности в этой связи можно определить как осуществляемое при помощи системы правовых средств воздействие на общественные отношения в сфере рекламы в целях их упорядочения, охраны и развития. Ясно, что с юридической точки зрения подход Дж. Боддевина не может быть использован в чистом виде. В нем не учитывается характер используемых средств воздействия, в частности, то обстоятельство, что органы саморегулирования могут бороться с ненадлежащей рекламой как с помощью действующего законодательства, так и с помощью неправовых средств, например, силой общественного мнения.

В свою очередь, применение юридического критерия (использова ние тех или иных правовых средств) может дать неверное представле ние о регулировании рекламы в целом, если сопоставлять только правовое регулирование разных стран. Дело в том, что одни и те же общественные отношения в разных странах могут регулироваться разными отраслями права или регулироваться не только правом. В этом смысле реклама является как раз ярким примером, так как в силу своей особой природы (что обусловлено художественной формой выражения) она может во многом регулироваться исходя из этических представле ний, не возводимых в

ранг правовых актов. И в этой связи особеннос ти культуры, национальные традиции, обычаи делового оборота и т. п. также должны учитываться.
Таким образом, можно сделать вывод о том, что наше сравнение прежде всего должно строиться по принципу сопоставимости объектов анализа. И в этом смысле метод, предложенный Дж. Боддевином, может быть заимствован для правового исследования. Ценным в нем представляется прежде всего выделение критерия классификации — активности тех или иных субъектов в контроле за рекламой. Беря за основу уже использованный в литературе метод анализа, мы предлагаем исходя из специфики нашего сравнительно-правового исследова ния несколько иное выделение субъектов контроля за рекламой: следует говорить о деятельности органов саморегулирования, специальных органов контроля за рекламой и частных лиц. Особое выделение частных интересов связано с тем, что сейчас пришла пора по достоинству оценить их роль в праве3. Внутренний самоконтроль организаций предлагается не выделять, так как он в конечном счете обусловлен тремя указанными факторами.
При этом под органами саморегулирования понимаются различные общественные организации (объединения), ассоциации и союзы юридических лиц, которые регулируют рекламу на основе не имеющих обязательной юридической силы правил поведения, базирующихся преимущественно на этических нормах. Здесь следует иметь в виду, что некоторые из этих норм могут быть восприняты и действующим законодательством. Необходимо оговориться, что в ряде стран националь ное законодательство может предоставлять органам саморегулирова ния право на обращение в суд или наделять их какими-то особыми полномочиями. Но в любом случае при неподчинении их решению рекламодатель рискует не только своей репутацией, но и возможнос тью передачи его дела в компетентный государственный орган по контролю за рекламой.
Под специальными органами контроля за рекламой нами понимаются государственные органы, наделенные соответствующими властными полномочиями, чьи решения обладают обязательностью исполнения. При этом мы не имеем в виду, что контроль за рекламой является единственной функцией этих органов. Речь может идти и о контроле за рекламой наряду с осуществлением функций контроля за предприни мательской деятельностью в целом или отдельными видами предпринимательской деятельности или соблюдением антимонопольного законодательства и т. п.
Наконец, под деятельностью частных лиц мы понимаем иски конкурентов, общественных организаций потребителей или отдельно взятых граждан, пострадавших от рекламы. При этом следует иметь в виду, что в отношении частных лиц могут действовать иные правовые акты, нежели в отношении государственных органов контроля за рекламой, что объясняется спецификой подхода к регулированию предпринима тельской деятельности в отдельных странах.
При организации сравнительного исследования целесообразно выделение стран по принципу принадлежности их к той или иной правовой семье. Дело в том, что таким образом можно выявить влияние правовой традиции на особенности регулирования рекламы. В настоящей работе мы будем говорить о странах общей и континентальной систем права.
США и другие бывшие британские колонии унаследовали от Великобритании систему общего права. Традиция общего права базируется скорее на судебной практике, чем на статутном законодательстве. Ис
торически сложилось так, что судьи должны были создавать некую правовую логику, чтобы разрешать отдельно взятый казус. Принятому судебному решению должны были следовать по сравнимым ситуациям нижестоящие суды. Таким образом, из-за того, что суды должны были следовать ранее вынесенным решениям, право строилось, главным образом, на прецеденте. Ключевым в понимании законодательства стран общего права является исследование предшествующих судебных дел— нахождение в них решений по обстоятельствам, аналогичным ситуациям, которые находятся на судебном рассмотрении. Даже когда статут является основополагающим источником права, суды в странах общей системы права все-таки обращаются к ранее рассмотренным делам при применении того или иного статута для прецедента 4.
Страны же Западной Европы и их бывшие колонии следуют системе гражданского права. Законодательство этих стран базируется на всеохватывающих статутах, называемых гражданскими кодексами. Решения по правовым вопросам в странах континентальной системы права не являются прецедентами. Однако из-за того,

что соответствующие статьи нормативных актов, регулирующие рекламу, изложены достаточно общим, недетализированным языком, предшествующие судебные решения, хотя и не являются обязательными для последующих, рассматриваются как достаточно авторитетные 5.
В силу того, что вынесенные судебные решения не являются прецедентами в странах континентальной системы права, они зачастую содержат короткую мотивировочную часть и не всегда издаются в систематизированном тематическом виде. Все это затрудняет работу ученых-правоведов, пытающихся разобраться во множестве судебных дел, касающихся, например, определенной статьи закона или того или иного вопроса рекламы в этих государствах 6.
Как уже отмечалось выше, инициатива в рассмотрении дел о ненадлежащей рекламе может исходить от одного или нескольких субъектов: органов саморегулирования, органов государственного контроля, а также от частных лиц, заинтересованных в разрешении конкретной ситуации.
В США инициатива в рассмотрении дел о ненадлежащей рекламе исходит из всех трех источников, с несколько меньшей ролью государственных органов контроля за рекламой.
Ежегодно американские общенациональные телеканалы имеют дело примерно с 50 тысячами рекламных роликов, из которых лишь менее ста в той или иной степени вызывают их нарекания 7. Важным органом саморегулирования в области рекламы является Национальный рекламный отдел, организационно входящий в Совет локальных общественных организаций, контролирующих добросовестность предпринимательской деятельности в США (the National Advertising Division of the Council of Better Business Bureau). Этот орган саморегулирования ежегодно получает около двухсот жалоб на рекламу и примерно в половине случаев предпринимает по ним активные действия 8. Принятые им решения могут обжаловаться в Национальный рекламный обзорный совет (the National Advertising Review Board), апелляционный орган системы саморегулирования, но это случается крайне редко. Еще более редки случаи, когда рекламодатель не соглашается с решением этих органов саморегулирования, в таких ситуациях дело ими может быть передано в соответствующий орган государственного контроля. Впервые это произошло лишь в 1992 году9.
Наиболее значимым органом государственного контроля за рекламой в США является Федеральная торговая комиссия (the Federal Trade Commission). Ежегодно она начинает около пятидесяти новых дел, связанных с рекламой, и выносит десять—пятнадцать своих решений по таким делам. Она может рассматривать эти дела в административном порядке или передавать их на рассмотрение в федеральные окружные суды10.
Другим органом государственного контроля за рекламой в последние годы стали генеральные прокуроры штатов11. В США контролиро вать рекламу могут в своих сферах и отдельные федеральные органы, например, такие как Федеральная комиссия по ценным бумагам, Федеральная комиссия по лекарственным препаратам и продовольствию и др. Даже Федеральная почтовая служба наделена полномочиями по контролю за рекламой, распространяемой через почту.
Конкурирующие фирмы возбуждают дела о ненадлежащей рекламе друг против друга в соответствии с так называемым Законом Ланхэма (the Lanham Act), по крайней мере, не реже, чем это делает Федеральная торговая комиссия в своем контроле за рекламой 12. Потребители же крайне редко проявляют инициативу в официальном судебном разбирательстве по той или иной рекламе.
Остальные страны системы общего права, например Великобрита ния (и в несколько меньшей степени другие государства Британского Содружества), в своем регулировании рекламы во многом полагаются на органы саморегулирования. Комитет по рекламным стандартам Великобритании (the UK's Advertising Standards Authority) считается самым большим, самым активным и лучше всех финансируемым органом саморегулирования в области рекламы в мире. Он поддерживается правительством, и две трети его руководящего органа — Совета — состоит не из представителей рекламной индустрии. В основе деятельности этого органа саморегулирования лежит Кодекс рекламной практики Великобритании 13. Недавно было вынесено судебное решение, согласно которому решения Комитета по рекламным стандартам могут пересматриваться в надлежащем правовом порядке, так как этот
орган саморегулирования выполняет своеобразные общественно-пра вовые функции. Директор по вопросам честного предпринимательства (the Director of Fair Trading), осуществляющий от имени государства контроль за соблюдением прав

потребителей в стране, может добиться судебного постановления только после того, как жалоба заявителя не была успешно разрешена путем других признанных мер, например, через саморегулирование в области рекламы14 . Он получил это полномочие в 1988 году, когда Великобритания приняла правовой акт о контроле за недостоверной рекламой (the Control of Misleading Advertisements Regulation (SI 1988/915), выполняя Директиву ЕС о недостоверной рекламе. Первый судебный иск, принесенный Директором по вопросам честного предпринимательства, касался ситуации, где рекламодатель отказался подчиниться решению органа саморегулирования о признании рекламы недостоверной 15. Теперь лишь остается понаблюдать за тем, будет ли активен в этой сфере Директор или же органы саморегулирования будут продолжать разрешать большинство спорных ситуаций без чьей-либо помощи.

В Великобритании также созданы две организации, обладающие квазиадминистративными функциями, по контролю за телевизион ной рекламой. Совет по телерадиовещательным стандартам (the Broadcast Standards Council) был создан в 1988 году для контроля за телепрограммами и рекламными роликами с точки зрения их вкуса и благопристойности, например, в отношении использования в них секса и насилия. Независимая телевизионная комиссия (the Independent Television Commission) проверяет текст всех телевизионных рекламных объявлений и занимается рассмотрением претензий к рекламе, которая была ею разрешена к распространению. В 1990 году Независимый телерадиовещательный комитет (the Independent Broadcast Authority), предшественник Независимой телевизионной комиссии, имел штат из сорока человек, который проверил пятнадцать тысяч сценариев рекламных объявлений и пять тысяч готовых к прокату рекламных роликов. Если его решение не устраивает рекламодателя, то он вправе обратиться к Директору по вопросам честного предпринима тельства с тем, чтобы последний обратился в суд16.

Законодательство Великобритании (the UK Trade Descriptions Act 1968 года) разрешает также применение мер уголовной ответственно сти к рекламодателям, причем им отводится серьезная роль. Нормативные акты определяют, что власти могут добиваться либо обвинительного приговора с наказанием в виде штрафа до тысячи фунтов стерлингов, либо в виде штрафа нефиксированного размера и отбывания наказания в тюрьме сроком до двух лет за ненадлежащую рекламу. Все, что требуется доказать, — это ложность сделанных утверждений о предоставляемых услугах по умыслу или неосторожности. При этом законодательство указывает на ряд смягчающих обстоятельств, таких как ошибка, отсутствие знаний, использование информации, предоставленной другими лицами, если они сопровождались должной заботливостью виновного.

Другие страны системы общего права, в отличие от Великобрита нии, имеют значительный контроль за рекламой со стороны специальных государственных органов. Комиссия по торговой практике Австралии (Australia's Trade Practices Commission) занимается жалобами на рекламу общего характера. Органы саморегулирования в Австралии следят, в основном, за соблюдением кодексов о рекламе отдельных товаров17 . Новая Зеландия имеет относительно новое рекламное законодательство, принятое под давлением Комиссии по коммерции (Commerce Commission), с менее активной ролью органов саморегулирова ния18.

Страны континентальной системы права в меньшей степени делают упор на контроль со стороны государственных органов и в большей степени — на судебные иски от заинтересованных лиц и (или) саморегулирование. Италия и Япония полагаются, главным образом, на саморегулирование. Регулирование рекламной деятельности в Италии строится на судебных исках конкурентов, общественным организациям потребителей запрещено приносить иски по делам о рекламе, что специально оговорено в законодательстве. Из-за того, что суды обычно критически относятся к возможности введения потребителей в заблуждение, они редко признают рекламу недостоверной. Как результат, в Италии органы саморегулирования имеют дело примерно с 80% всех дел о рекламе, в то время как на суды приходятся оставшиеся 20% дел19.

Похожая ситуация в Японии, которая основной упор делает на саморегулирование. Философия конфуцианства и культура Востока усиливают необходимость выполнения общественных требований. По этой причине официальное судебное разбирательство считается позором в Японии, и все спорные вопросы обычно разрешаются на неофициальном уровне и в конфиденциальном порядке20 .

Некоторые страны континентальной системы права сочетают саморегулирование в области рекламы с государственным контролем. Так, в Японии отдельные

профессиональные объединения совершенству ют кодексы рекламной деятельности в отношении своей специфичес кой отрасли, а впоследствии эти кодексы этики принимаются соответствующим правительственным агентством и, таким образом, приобретают нормативную силу21. В Голландии и судебные иски частных лиц, и саморегулирование играют важную роль в разрешении проблем, связанных с рекламой. В этой стране, как и в Великобритании,
решения органа саморегулирования — Комитета по рекламным стандартам (the Advertising Standard Committee) — могут быть пересмотре ны в судебном порядке22 .
Скандинавские страны, в частности Швеция, учреждением квази-государственного органа — омбудсмена, занимающегося жалобами потребителей (the consumer ombudsman), фактически заменили существовавшие органы саморегулирования. Этот орган по своим функциям очень похож на Федеральную торговую комиссию США, так как занимается рассмотрением жалоб на рекламу, разрешает их по существу и в необходимых случаях ведет судебные процессы с рекламодате лями. Организация контроля за рекламой в Ирландии имеет много общего со скандинавскими странами, в частности в том, что в компетенцию Директора по делам потребителей (the Director of Consumer Affairs) входит обращение в суд по делам о ненадлежащей рекламе23 .
Германия же, напротив, свое регулирование рекламы строит на судебных исках конкурентов и общественных организаций потребите лей. В силу особенностей немецкого законодательства истцы в Германии без особых сложностей могут добиться предварительного судебного постановления. По этой причине судебные споры, связанные с рекламой, в Германии распространены наиболее широко по сравнению с любой другой страной. Веберат Германии (the German Weberat) является основным органом саморегулирования в стране, но он как бы дополняет правовую систему, уделяя свое внимание преимущественно вопросам вкуса и узкопрофессиональной проблематике, нежели ненадлежащей рекламе, с точки зрения закона24.
Франция, Люксембург и Бельгия также разрешают общественным организациям потребителей приносить иски, связанные с рекламой. Эти три страны и остальные страны Западной Европы находятся как бы между двумя европейскими полюсами в регулировании рекламной деятельности — Италией и Германией, — имея сбалансированное сочетание саморегулирования, государственного контроля и контроля со стороны конкурентов и потребительских организаций.
Российская Федерация имеет относительно новое рекламное законодательство, основу которого составляет Федеральный закон «О рекламе» 25, вступивший в силу в 1995 году. Данный Закон был принят после продолжительной дискуссии в Государственной Думе, где основные споры велись о концепции Закона — на что делать основной упор: на саморегулирование или же на контроль со стороны государственных органов за такой деликатной областью, как реклама. В результате законопроект, предложенный представителями рекламной индустрии, не прошел, а была принята концепция, представленная федеральным антимонопольным органом26 . Результатом явилось то, что основным органом контроля за рекламной деятельностью в Россий
ской Федерации является Министерство по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства (ранее — Антимонопольный комитет или ГКАП). Данное обстоятельство не является уникальным для России. Например, в Новой Зеландии законодательство о рекламе также было принято при активном участии и давлении со стороны соответствующего государственного органа.
На сегодняшний день можно сказать, что в Российской Федерации регулирование рекламной деятельности строится, главным образом, на действиях антимонопольных органов при небольшой роли органов саморегулирования и частных лиц.
Иски конкурирующих фирм пока большого распространения не получили, что связано, вероятно, с невысокой степенью веры в действенность судебной системы и характером распространяемой рекламы (в России так называемая сравнительная реклама, где сравнивает ся продукция разных фирм, пока не получает заметного распростра нения). Потребители и их организации используют, главным образом, помощь антимонопольных органов и пока не претендуют на значительную роль в контроле за рекламой. Органы саморегулирования еще не имеют высокого авторитета и потому не могут конкурировать с антимонопольным ведомством.
В таблице в сжатом виде представлены существующие подходы к регулированию рекламной деятельности в различных странах. Из-за выявленной специфики

Великобритании уголовное преследование нами выделяется отдельно. Еще раз оговоримся, что такая классификация достаточно условна и призвана показать динамику регулирования рекламной деятельности в мире.
Таким образом, можно сделать вывод о том, что в регулировании рекламной деятельности различные страны исходят, скорее, не из пра
Основной орган контроля за рекламой
Органы
саморегулирования
Специальный орган контроля
Орган, осуществляющий уголовное преследование
Частные лица
Страны общей системы права
Великобритания, США, Австралия
Новая Зеландия, Австралия
Великобритания
США
Страны континент. системы права
Япония, Италия
Швеция, Россия
—
Германия
вовой традиции или принадлежности к той или иной правовой семье, а из особенностей культуры (Япония), менталитета (Италия), влияния на законотворчество со стороны государственного органа по контролю за предпринимательской деятельностью (Новая Зеландия, Россия), опыта использования зарубежных примеров.
В регулировании рекламной деятельности большинство стран использует функционирующие органы саморегулирования и деятельность государственных органов по контролю за рекламой. Судебные иски частных лиц менее распространены, еще более редким является уголовное преследование за ненадлежащую рекламу.
Исследовав регулирование рекламы в целом, можно перейти к рассмотрению вопросов, относящихся к концепции правового регулирования рекламной деятельности. Здесь необходимо отметить, что законодательство о рекламе по своему содержанию достаточно идентично во всех странах27 . Авторы разделяют эту точку зрения, однако не совсем согласны с аргументацией, в частности с тем, что «различия, конечно, есть, но суть одна: законодательство устанавливает правила добросовестной конкуренции» 28.
Представляется, что анализ правового регулирования рекламной деятельности дает основания для выделения как минимум трех основных моментов в содержании законодательства о рекламе.
Во-первых, оно не допускает распространения недостоверной рекламы, т. е. той, в которой присутствуют не соответствующие действительности сведения (ст. 7 российского Закона «О рекламе») или которая, вероятно, вводит в заблуждение (ст. 2 (2) Директивы ЕС о недостоверной рекламе). Смысл этого требования законодательств разных стран мира очевиден — потребитель должен получать достоверную и правдивую информацию.
Во-вторых, законодательство учитывает особый характер осуществляемого посредством рекламы воздействия. Речь идет о том, что реклама обладает известной степенью убедительности, способна оказывать значительное влияние на потребителей, их потребности, привычки, стереотип поведения, психическое состояние. В этом смысле она должна быть распознаваема без специальных знаний или без применения технических средств именно как реклама (п. 1 ст. 5 Закона Российской Федерации «О рекламе», ст. 10 Директивы ЕС по телевидению). Соответственно, запрещается скрытая реклама, т. е. реклама, которая оказывает не осознаваемое потребителем воздействие на его восприятие.
Из специфики воздействия рекламы вытекают определенные требования к ее содержанию, времени, месту и способу распространения. Например, не допускается размещение в рекламе текстовой, визуальной или звуковой информации, показывающей несовершеннолетних
в опасных местах или ситуациях (требование к содержанию — п. 1 ст. 20 Закона «О рекламе»). Распространение рекламы одного и того же товара, а равно распространение рекламы о самом рекламодателе не должно осуществляться более чем две минуты в течение часа эфирного времени радио- и телепрограммы на

одной частоте вещания (требование ко времени — п. 3 ст. 11). Реклама алкогольных напитков, табака и табачных изделий не должна распространяться на первой и последней полосах газет, а также на первой и последней страницах и обложках журналов (требование к месту — п. 1 ст. 16). Распространение рекламы табака и табачных изделий во всех случаях должно сопровождаться предупреждением о вреде курения (требование к способу распростра нения — п. 1 ст. 16).

В-третьих, законодательство учитывает определенные этические нормы. Например, законодательство Саудовской Аравии запрещает показ женщин в рекламе29 . Согласно российскому законодательству (ст. 8 Федерального закона «О рекламе»), нельзя нарушать общеприня тые нормы гуманности и морали путем употребления оскорбительных слов, сравнений, образов.

Представляется, что правовое регулирование рекламы в России сводится именно к этим трем вышеперечисленным аспектам — интересам конкуренции, потребителей и общественной морали. В этом смысле выделяемые в Федеральном законе «О рекламе» виды ненадлежащей рекламы не должны вводить нас в заблуждение. В статье 2 они определяются как недобросовестная, недостоверная, неэтичная, заведомо ложная и иная реклама, в которой допущены нарушения требований к ее содержанию, времени, месту и способу распростра нения.

Представляется, что такая конструкция ненадлежащей рекламы является не совсем удачной. Дело в том, что здесь нет четкого критерия классификации, что затрудняет понимание закона правоприме нителями и представителями рекламного сообщества. Например, согласно тексту российского Закона, о заведомо ложной рекламе можно говорить в случае, если умышленным отсутствием существенной информации потребитель вводится в заблуждение при буквальной правдивости переданного сообщения. Однако эта ситуация не подпадает под категорию недостоверной рекламы. Получается, что в данном случае заведомо ложная реклама является ненадлежащей в силу своей недобросовестности, а не по причине недостоверности, что, очевидно, выглядит довольно странно.

Такое «своеобразие» российского Закона связано, по мнению авторов, главным образом с отсутствием определений неэтичной и недобросовестной рекламы и неудачным приведением соответствующих примеров, что вносит основную путаницу в отечественное законода
тельство. Не обошлось здесь, по-видимому, и без слепого копирования терминов из зарубежного права.

Думается, логичнее говорить о трех больших категориях ненадлежащей рекламы — недостоверной, неэтичной и иной. При этом недостоверную рекламу следует определять не просто как не соответствую щую действительности, но и как вводящую в заблуждение, как это делается в Директиве ЕС по недостоверной рекламе.

Авторами предлагается не использовать понятие «недобросовест ная реклама» в Федеральном законе «О рекламе». Дело в том, что анализ действующего законодательства, в том числе Закона Российской Федерации «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»30 , показывает, что с категорией «недобросовестная конкуренция» тесно связана категория «ненадлежащая реклама» 31. Именно эти две категории являются базовыми в соответствующих законах. Категория же «недобросовестная реклама» представляет собой разновидность ненадлежащей рекламы, причем выделяемую законодателем, по мнению авторов, неудачно (с переложением форм недобросовестной конкуренции , приведенных в статье 10 Закона Российской Федерации «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», в формат недобросове стной рекламы). Использование в разных законах формулировки «недобросовестность», имеющей в них несовпадающее значение (базовое и второстепенное), в данной ситуации не оправдано, с точки зрения целей правового регулирования, и усложняет понимание законодательства. Думается, что законодатель конструкцией «недобросовестно сти» хотел показать неэтичность соответствующей рекламной практики в конкурентной борьбе. В этом смысле можно говорить о недоброс вестной рекламе как разновидности неэтичной рекламы, имея ввиду аспект ее несовместимости с существующими нормами деловой практики.

Определение заведомо ложной рекламы можно сохранить без изменений, тем самым превратив ее в разновидность недостоверной рекламы.

Что касается неэтичной рекламы, то ее можно определить как рекламу, нарушающую общепринятые нормы гуманности, морали, деловой практики, в том

числе путем употребления оскорбительных слов, сравнений, образов. Такая редакция устраняет существующее неосновательное, по мнению автора, сведение неэтичности рекламы к ее оскорбительности. Выделение иной рекламы не вызывает наших возражений в силу остаточного подхода к этому понятию.
Предложенные авторами перестановки не меняют содержания действующего законодательства в принципиальном плане, а лишь улучшают его изложение, тем самым облегчая понимание.
Обратимся теперь к имеющимся исследованиям правового регулирования рекламной деятельности различных стран. В некоторых из них используются некорректные методы сравнения. Так, например, И.В.Крылов пытается на основании отсутствия специальных законов о рекламе в ряде стран судить о неприемлемости правового регулирования рекламной деятельности в других странах с помощью таких законов. В частности, он указывает, что «из всех развитых стран мира лишь Испания имеет специальный закон — «Общий закон о рекламе» от 11 июля 1988 года (да и то его дополняют и развивают пять кодексов саморегулирования для отдельных видов рекламы). В Германии — отдельный закон лишь относительно фармацевтической рекламы — «О рекламе лекарственных препаратов» 1990 года. Остальной цивилизованный мир обходится без специальных законов, регулируя рекламную деятельность в рамках гражданского кодекса (Италия, Голландия), законов о коммерческой деятельности (Бельгия), законов о СМИ (Австрия), законов о маркетинге и защите прав потребителей (Португалия, Скандинавские страны), законов о недобросовестной конкуренции (Германия, Швейцария, Греция). Либо в концепции англо-саксонской модели общего права — приоритет полностью отдается судебным прецедентам и саморегулированию (США, Великобритания, Ирландия)» 32.
Отсюда делается вывод, что мировая практика однозначна — минимум государственного вмешательства в такую деликатную сферу, как реклама33 .
Представляется, что это неверная точка зрения, так как судить о степени государственного регулирования рекламы только по наличию специального закона нельзя. Реклама вполне может регулироваться и успешно регулируется не в специальных правовых актах. Дело в правовой традиции отдельной страны, исторических особенностях принятия соответствующих законов и т. п.
Некоторые другие выводы И.В. Крылова неверны просто с фактической точки зрения. В частности, критикуя российский Закон «О рекламе», «как огромный шаг назад на пути вхождения России в цивилизованное мировое сообщество», он говорит, что «нигде в мире государство не наделяется столь неограниченными (вплоть до привлечения к уголовной ответственности рекламистов и рекламодателей) полномочиями по вмешательству в рекламный бизнес»34 . Наше исследова ние показало, что, например, Великобритания основной упор в регулировании рекламы делает как раз на уголовное преследование. Кроме того, хотелось бы упомянуть еще об одном моменте, который абсолютно не согласуется с оценками И.В. Крылова, в частности, о том, что критикуемый им российский Закон «О рекламе» был признан Европарламентом лучшим в Европе и рекомендован для написания подобных законов в европейских странах35 .

§ 2. Интерпретация рекламной информации

Уяснив специфику регулирования рекламы в целом, можно перейти к рассмотрению особенностей недостоверной рекламы в отдельных странах. Прежде всего необходимо определиться со структурой (моделью) такого сравнительного анализа. Авторы настоящей работы полагают, что для этих целей может быть взята за основу структура исследования, предложенная в 1995 году американскими учеными Россом Петти и Робертом Коппом36. Петти и Копп предложили шестиступен чатую структуру для сравнения рассмотрения дел о недостоверной рекламе. Их идея заключалась в том, что они представили эти дела как поступательно проходящие через пять последовательных стадий:
1)инициирование разбирательства;
2) интерпретация рекламного сообщения (выяснение его истинной информационной нагрузки);
3) если в рекламе сделано не ясное, а подразумевающее что-либо утверждение, то в этом случае необходима его проверка на предмет возможного влияния на поведение потребителя . И если такое утверждение влияет на поведение покупателя, то осуществляется переход на следующую стадию;

4) проверка интерпретированного рекламного сообщения на предмет его недостоверности в процессе доказывания (в случае очевидности или ясности сделанного в рекламе утверждения предыдущая третья стадия пропускается);
5) выбор санкции (подходящего наказания, меры ответственности);
6) намеренность действий — этот фактор может лишь косвенно влиять на основные стадии процесса разрешения проблемы, возникшей в связи с распространением рекламы, например, путем указания на более серьезную санкцию или необходимость перехода к очередному пункту схемы (см. схему на с. 157).
Данная схема, хотя и была предложена для исследования правового регулирования рекламной деятельности в США, по нашему мнению, может быть использована и для сравнительного исследования регулирования рекламной деятельности в разных странах, так как критерии для сравнения выделены по объективному показателю — подходу к рассмотрению недостоверной рекламы через ряд последователь ных стадий, которые могут быть выделены в любой стране.
Первая стадия — инициирование разбирательства дела о недостовер ной рекламе — фактически представляет собой частный случай регулирования рекламной деятельности вообще, и все сказанное нами в этой связи выше верно и для рассмотрения дел о недостоверной рекламе. Поэтому здесь этот вопрос отдельно рассматриваться не будет.
ИНИЦИИРОВАНИЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВА
Должно ли начаться разбирательство по рекламе?

Стоп
Нет

Да
ИНТЕРПРЕТАЦИЯ
Предполагается ли недостоверное утверждение в рекламе?
Да, и это подразуме-
ваемое утверждение
Да, и это очевидное утверждение

Стоп
Нет

Да
Н
А
М
Е
Р
Е
Н
Н
О
С
Т
Ь
влияние
на
потребителя
Будет ли оно?

Да

Стоп
Нет

Да

РАССМОТРЕНИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ
Признается ли спорное рекламное утверждение ненадлежащим?
Стоп

Нет

Да
ВЫБОР САНКЦИИ

Следующая схема графически показывает соотношение всех стадий процесса рассмотрения дел о недостоверной рекламе.
ИНИЦИИРОВАНИЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВА
Должно ли начаться разбирательство по рекламе?
Стоп
Нет
Да
ИНТЕРПРЕТАЦИЯ
Предполагается ли недостоверное утверждение в рекламе?
влияние
на
потребителя
Будет ли оно?
Да
Прежде чем подойти к вопросу, является ли отдельно взятая реклама недостоверной, необходимо сначала определить то сообщение, которое в ней заключено, т. е. интерпретировать рекламу или, другими словами, перевести ее с языка рекламного образа на язык потребительского восприятия. В случае если реклама использует совершенно ясный недвусмысленный язык в своих утверждениях, то этот процесс интерпретирования может быть выполнен путем простого исследова ния рекламного текста. В таких ситуациях интерпретация обычно даже не рассматривается как отдельный этап в работе с тем или иным проблемным вопросом рекламы. Однако подобная буквальная интерпретация может упустить из виду те утверждения, которые подразумева ются в рекламе. Наличие подразумеваемых утверждений в рекламе требует соответствующего подхода к ним и буквальное толкование здесь уже не может справиться с такими ситуациями. Таким образом, совершенно очевидно, что в такого рода случаях необходим иной метод интерпрети рования сообщений.
В Соединенных Штатах Америки ни Закон о Федеральной торговой комиссии (the FTC Act), определяющий полномочия этого государственного органа контроля в области рекламы, ни Закон Ланхэма (the Lanham Act), на основании которого предъявляются судебные иски по делам о рекламе конкурентами, ни те документы, которыми руководствуются органы саморегулирования, например, Национальный рекламный отдел (NAD), не содержат положений, требующих обязатель ной буквальной ложности, для признания рекламы недостоверной. Если подразумеваемые утверждения, содержащиеся в рекламе, являются недостоверными, то это является достаточным для признания рекламы ненадлежащей, хотя их буквальная трактовка может быть и правдивой.
Национальный рекламный отдел (NAD) сам занимается интерпретированием значения рекламы для потребителей. ФТК тоже имеет право определять истинное содержание рекламных объявлений и наличие или отсутствие подразумеваемых утверждений без посторонней помощи. Однако, согласно Закону Ланхэма, на истца (конкурирую щую фирму) возлагается бремя доказывания истинного содержания рекламы своего конкурента, если только речь не идет об очевидных, ясных или однозначных утверждениях. Такое доказывание необходимо проводить путем опроса потребителей, при этом требуется, чтобы введенными в заблуждение рекламой были признаны двадцать пять или более процентов опрошенных 37.
Германия является еще одной страной в мире, где с помощью опроса потребителей устанавливают настоящее значение подразуме ваемых рекламных утверждений. Все остальные страны (включая Рос
сию) довольствуются тем, что в них интерпретацией рекламы на основе своего личного усмотрения занимаются судьи либо иные государственные служащие, на которых возложен контроль за рекламой (например, чиновники антимонопольного ведомства). Более того, канадские суды признают исследование потребительского мнения о рекламе не относящимся к делу и самостоятельно интерпретируют рекламу38 .
Можно выделить два вида подразумеваемых утверждений, которые наиболее ярко демонстрируют различные подходы к интерпретирова нию в мире: это утверждения, использующие визуальную форму для создания определенного воздействия, и

утверждения, в которых отсутствием существенной для потребителя информации, достигается определенный эффект. В Соединенных Штатах Америки, например, ФТК гораздо жестче преследует рекламодателей за отсутствие существенной информации, которым они достигают дополнительного эффекта в воздействии на потребителей, нежели американские суды, применяющие Закон Ланхэма, по искам конкурентов о недостовер ной рекламе.
ФТК прямо говорит о такой своей позиции в отношении намеренного упущения существенной информации в своем Заявлении о политике в отношении вводящих в заблуждение действий (Deception Policy Statement), тогда как, согласно Закону Ланхэма, недостоверными признаются только те утверждения, в которых есть непосредственное заявление фактов, не соответствующих действительности. Нетрудно заметить, что при таком подходе большинство случаев упущения важной для потребителя информации не могут рассматриваться как случаи недостоверной рекламы39 .
Другие страны системы общего права тоже склонны относиться к пропускам тех или иных фактов как к недостоверной рекламе. Так, например, в Канаде рекламу одной компании признали недостовер ной за содержащееся в ней утверждение, которое в буквальном смысле было правдивым. В нем говорилось о том, что продаются новые дома за 24900 долларов, при этом не сообщалось, что покупатели обязаны приобрести и участки земли, на которых эти дома построены, за весьма значительную дополнительную сумму40.
Подобный рекламный трюк имел место и в Российской Федерации. Фирма «Мобильные ТелеСистемы» сразу в нескольких газетах и журналах опубликовала рекламное объявление, в котором предлагала купить сотовый телефон стандарта GSM всего за один доллар с 1 по 15сентября. На самом деле это было возможно только при условии подключения его к сети МТС за 812 долларов, о чем в рекламе не было ни слова41. В данном случае можно говорить о ненадлежащей рекламе.
В 1988 году в Испании, стране континентальной системы права, был принят новый закон о рекламе (General Act on Advertising) с тем, чтобы привести национальное законодательство в соответствие с Директивой ЕС о недостоверной рекламе. При этом в испанский закон было специально добавлено следующее положение: «Реклама также является недостоверной, если она не упоминает о существенных особенностях пищевых продуктов, услуг или какой-либо деятельности, чем вводит в заблуждение потребителей» 42. Помимо Испании, из стран континентальной системы права только Скандинавские на законодательном уровне признают недостоверной рекламой утверждения, в которых содержится неполная или недостаточная информация для потребителей 43.
Представляется, что с рекламными сообщениями, использующи ми эффект визуального изображения для дополнительной передачи информации, дело обстоит несколько сложнее, чем с упущением существенных обстоятельств в рекламе. Проблема заключается в том, что специалисты в области рекламы добились заметных достижений в использовании визуальных образов для стимулирования объема продаж, в то время как специалисты, непосредственно соприкасающиеся с рассмотрением дел о недостоверной рекламе (судьи, адвокаты, государственные служащие, контролирующие рекламу), привыкли анализировать тексты законов и иных правовых актов, и, таким образом, им гораздо труднее выявить рекламное утверждение, содержащееся в визуальном образе.
По этой причине целесообразнее исследовать конкретные дела, нежели тексты законов, для того чтобы определить, какая же именно степень недостоверности визуальных утверждений различается контролирующими органами как предмет для разбирательства. Конкретные дела, связанные с рекламой, труднее исследовать в странах континентальной системы права, так как им уделяется не столь пристальное внимание в литературе, в отличие, скажем, от стран общего права, где ключевые дела публикуются в систематизированном виде.
В Германии, например, визуально вводящая в заблуждение реклама признается недостоверной. Похожая ситуация во Франции, где, например, реклама напитка-коктейля TANG, показывающая апельсиновую кожуру, стакан напитка, окруженный зелеными листьями, и надпись «вкус свежевыжатых апельсинов», была признана недостоверной за создание впечатления о том, что напиток является апельсиновым соком, несмотря на имеющийся перечень иных ингредиентов, входящих в него44.
В Канаде, стране общего права, визуальные образы рекламы также могут быть признаны недостоверными. Так, например, это имело место в рекламном ролике, где был изображен напильник, распарываю

щий газету, при этом колготки, помещенные между газетой и напильником, оставались неповрежденными. Подобным образом с помощью техники монтажа достигался эффект особой прочности колготок для потребителей 45. В новых правовых актах Канады о недостовер ной рекламе (Canadian Misleading Advertising Guidelines) отмечается, что «от использования иллюстраций в рекламных объявлениях не должно создаваться неверных впечатлений» 46. Похожая ситуация и в Соединенных Штатах Америки, где ФТК и несколько реже конкуренты рекламодателей, занимаются рассмотре нием визуальных утверждений в рекламе. Так, например, ФТК и Генеральный прокурор штата Техас успешно завершили борьбу с рекламой «Вольво», изображавшей гигантский грузовик-монстр, едущий по длинному ряду машин, которые все были смяты его огромными колесами, кроме автомобиля «Вольво», специально укрепленного для такого случая. Реклама была признана недостоверной. В похожей ситуации ФТК, однако, отказалась преследовать анимационные визуальные утверждения, в которых потребителям ложно сообщалось, что вода «Перье» (Perrier) не подвергалась технической обработке. Этот эффект достигался путем использования ряда исторических личностей, в частности Наполеона, погружающих свои чашки в природный родник и пьющих оттуда воду «Перье». Возможно, дело было в том, что анимационные изображения кажутся менее реалистичными в силу своей природы47 . Что касается России, то пока сложно говорить о ее подходе к визуальным утверждениям из-за небольшого периода действия Закона «Орекламе» и отсутствия большой судебной практики по нему. Однако некоторые случаи, на наш взгляд, демонстрируют, что в нашей стране использование визуальных образов, по крайней мере, распознается.

Так, например, было в деле с уже упоминавшейся рекламой водки «Довгань». Правда, в том случае визуальные образы использовались как призыв к приобретению спиртного, а не вводили в заблуждение. Данный случай показателен и в том плане, что позволяет сделать еще один интересный вывод в отношении визуальных образов — их надо рассматривать не только исходя из контекста рекламного ролика, но и из контекста рекламной кампании какой-либо фирмы в целом.

Анализ российского законодательства позволяет сделать вывод о том, что оно принимает в расчет визуальные образы. Так, в частности, не допускается введение потребителей в заблуждение посредством имитации изображений (ст. 6 Федерального закона «О рекламе»). Таким образом, можно предположить, что случаи использования визуальных образов в целях введения в заблуждение будут расцениваться в России как недостоверная реклама.

Страны континенталь ной системы права

Германия

Страны ЕС, Россия

Испания, Россия, Скандинавские страны

Германия, Франция, Россия

Метод/виды

утверждений

Исследования потребительского восприятия

Подразумеваемые утверждения

Упущение информации

Визуальные утверждения

Страны общей системы права

США

Все страны

США, Канада

США, Канада

Следующая таблица кратко суммирует особенности интерпретации рекламной информации в различных странах.

§ 3. Определение влияния рекламной информации на потребителей

После определения истинного содержания рекламного объявления (интерпретирования), возникает вопрос: а будут ли потребители введены в заблуждение адресованным им сообщением? В вышеприведен ных примерах очевидно, что ФТК США полагала, что потребителей в случае с «Вольво» вводят в заблуждение визуальными образами, а в случае с водой «Перье» анимация этого не достигает.

Хотя в 1980 году в Люксембурге 48 и некоторых других странах существовало уголовное законодательство, требовавшее доказательства наличия обмана в рекламе. Современная тенденция в этом вопросе заключается в том, что ненадлежащей признается реклама лишь вероятно вводящая в заблуждение или вероятно воздействующая своей недостоверностью на потребителей. Все регулирование рекламы в США следует этому современному стандарту. Можно даже сказать, что вероятность введения в заблуждение и влияние такого воздействия на потребителя презюмируются 49. Директива ЕС по недостоверной рекламе также следует этой современной тенденции. Эта директива определяет недостоверную рекламу как рекламу, которая «вводит в заблуждение или вероятно вводит в заблуждение лиц, которым она адресована или которых она достигает и которая, по причине своей недостоверной сущности, вероятно воздействует на их экономическое поведение или ко

Страны континенталь ной системы права
Германия
Страны ЕС, Россия
Испания, Россия, Скандинавские страны
Германия, Франция, Россия
Метод/виды
утверждений
Исследования потребительского восприятия
Подразумеваемые утверждения
Упущение информации
Визуальные утверждения
Страны общей системы права
США
Все страны
США, Канада
США, Канада

торая, по этим же причинам, причиняет вред или вероятно причиняет вред конкурентам» (ст. 2 (2)).

Вопрос о том, обманывает ли вероятно рекламное объявление потребителей, на самом деле охватывает две отдельные проблемы — какая именно вероятность существования обмана требуется и какая категория или часть потребителей может быть введена в заблуждение. Кпроблеме вероятности существования обмана редко обращаются, так как предполагают, что пятьдесят один процент такой вероятности или более — это все, что требуется, и нет необходимости быть на сто процентов уверенным в недостоверности рекламы.

Вопрос об уровне защиты потребителей является основополагаю щим и по-разному решается в различных странах, даже тех, которые являются членами ЕС. В Германии реклама будет признана ненадлежа щей, если можно говорить о недостоверности переданного сообщения для десяти процентов аудитории. В немецком праве при обычных обстоятельствах вообще не ставится вопрос о том, будут ли потребители верить в данную рекламу и действовать, опираясь на заключенное в ней сообщение, или нет. Германия использует очень низкий порог стандарта в этом вопросе, признавая рекламу ненадлежащей, если десять-пятнадцать процентов потребительской аудитории недостоверно восприняло рекламное сообщение. Очевидно, что такой стандарт защищает не только обычного или среднеразумного потребителя, но и доверчивого или легкомысленного человека 50. Специалисты в области рекламы уже отмечали, что десяти-пятнадцатипроцентный уровень— это ниже обычного уровня неправильного восприятия, который присутствует при потребительском восприятии любого рекламного объявления 51.

Американский Закон Ланхэма, на основании которого иски о недостоверной рекламе предъявляются конкурирующими фирмами, следует старой практике ФТК США о признании рекламы ненадлежащей. Согласно этой практике, для того чтобы реклама была признана ненадлежащей, достаточно было, чтобы она вводила в заблуждение двадцать пять или более процентов потребителей, воспринимавших это ложное сообщение. Текущая практика ФТК заключается в том, что ненадлежащей рекламой признается та, что вероятно вводит существенным образом в заблуждение разумных потребителей 52. Предполагается, что члены ФТК (в основном, юристы по образованию), рассматривающие дела о рекламе, будут использовать весь свой опыт в определении понятия потребительской разумности,

таким образом, снижая вероятность того, что ФТК будет защищать необразованность и доверчивость.
В отличие от США и Германии, другие страны (включая Россию) просто имеют судью или иное лицо, занимающееся контролем за рек
ламой, которые рассматривают дела о рекламе и в процессе этого определяют, вводит ли вероятно в заблуждение потребителей данное сообщение. На практике это может означать, что отдельные судьи или чиновники, контролирующие рекламу, устанавливают определенный стандарт для недостоверности. При этом они могут руководствоваться некоторыми правовыми актами на этот счет, если таковые имеются.
Так, например, по законодательству таких стран общего права, как Австралия и Новая Зеландия, реклама признается ненадлежащей, если она «вероятно вводит в заблуждение» потребителей с «менее чем средними умственными способностями», а не «необыкновенно глупых»53 . В Канаде, однако, мнения судов разделились: некоторые из них защищают доверчивого потребителя, примерно следуя старому стандарту ФТК США по делам о рекламе, другие же в последнее время исходят из стандарта среднего или разумного потребителя 54. Новые правовые акты, которыми руководствуется в своей работе Бюро по делам конкурентной политики Канады (the Canadian Bureau of Competition Policy), упоминают «разумного» потребителя 55.
Страны континентальной системы права так же, как и страны системы общего права, отличаются между собой по уровню защиты потребителей. Как уже было замечено выше, Германия имеет высокий уровень защиты потребителей, добиваясь этого путем признания ненадлежащей всякой рекламы, которая вводит в заблуждение такое минимальное число потребителей, как десять процентов. Италия, Испания, Франция и другие страны континентальной Европы предлагают своим потребителям более низкий уровень защиты, чем Германия. Они предоставляют защиту среднестатистическому потребителю, обладающему известной долей здравого смысла по отношению к рекламным утверждениям, или (в случае с Италией) потребителю, чрезвычайно скептически относящемуся к рекламным призывам 56.
Так, например, итальянские суды отказались признать недостовер ной рекламу удобрения, сделанного только на тридцать процентов из натуральных ингредиентов, за утверждение о его натуральности. Такой же вывод был сделан относительно рекламы заправок для зажигалок, говорившей об их универсальности, хотя на самом деле заправка подходила только определенным видам зажигалок. И, наконец, не вызвала претензий в Италии реклама алкогольного напитка, состоявшего из виски с содовой, представлявшегося потребителям в рекламе как «100%-е натуральное шотландское виски, импортированное и бутылированное компанией "Whisky and Soda Ltd"», так как виски действительно содержалось в бутылке и потребитель мог предположить из рекламы, что напиток делается в Италии на основе шотландского виски57.
Резко отличается от приведенных выше случаев судебная практика в Германии. Так, например, немецкий суд признал ненадлежащим
правдивое утверждение в рекламе спиртного напитка «Стейнхагер» (Steinhager) о его «двойной очистке», так как двойная дистилляция была стандартом для спиртных напитков «Стейнхагер» 58.
Другой вывод, который может быть сделан из анализа итальянских примеров рекламной практики, не признанных судами недостоверны ми, это то, что все они использовали практику расхваливания (или преувеличения): утверждения о качестве были слишком неопределен ными, чтобы на них можно было полагаться итальянскому потребите лю. Явление расхваливания известно во многих других странах мира, оно имеет место, например, когда рекламодатели явно преувеличива ют или преподносят потребителям чьи-то весьма субъективные мнения или делают слишком неопределенные заявления о качестве товара, в частности утверждая, что товар совершенен.
Так, например, во Франции конкурирующая фирма-производи тель предметов для путешествий предъявила свои претензии к рекламе чемоданов фирмы «Самсонайт» (Samsonite), в которой два бульдозера «играли» с чемоданом и в результате последний остался неповрежден ным. Суд первой инстанции признал такой рекламный ролик вводящим в заблуждение, так как на самом деле за время съемок было повреждено достаточно много таких чемоданов. Суд следующей инстанции удовлетворил апелляцию рекламодателя и согласился с тем, что среднестатистический потребитель будет рассматривать эту ситуацию в ролике

как преувеличение и никогда не будет думать, что данная реклама пыталась убедить людей в том, что она буквально представля ла59. В этой связи интересно, должны ли французские потребители не верить в продемонстрированную особую прочность кузова автомобиля «Вольво» из рекламы, признанной недостоверной в США, если бы этот рекламный ролик был показан во Франции? Ответ на этот вопрос мы можем только предполагать. Представляется, что он мог бы быть во Франции иным, нежели в США.

В Канаде расхваливание редко рассматривается как какой-то особый способ защиты в случае наличия претензий к рекламе, однако специалист по канадскому праву Блэк утверждает, что суды так или иначе прощают очевидные преувеличения в рекламе60 . Понятно, что признание расхваливания способом защиты от обвинений в недостоверности находится в прямой зависимости от уровня защиты, предоставляемого национальным законодательством своим потребителям. Сэтой позиции можно проанализировать российское законодательство, которое нигде не упоминает характеристи ки потребителей, находящихся под защитой. Попробуем определить уровень защиты российских потребителей исходя из имеющейся практики рассмотрения случаев расхваливания или явного преувеличения.

Так, в рекламе американского магазина «Global USA» гарантиро вались «самые лучшие в Москве товары» и «самые низкие цены». Проведенное газетой «Известия» сравнение указанных в рекламе цен со стоимостью аналогичных товаров в других магазинах города Москвы позволило предположить, «что либо коммерческая служба «Global USA» не знает, что почем в Москве, либо (что вернее всего) морочит людям голову». При разбирательстве с антимонопольными органами компания «Global USA» признала свои нарушения и обязалась их прекратить 61. Вряд ли такое явное расхваливание магазина вводит в заблуждение потребителей, обладающих здравым смыслом. Однако этот рекламный ход нарушает российское законодательство, так как не имеет документальных подтверждений. Таким образом, можно предположить, что российское законодательство ориентировано на защиту доверчивых потребителей.

Рассмотрим теперь другой пример. Н.Е. Фонарева, одна из разработчиков Закона «О рекламе», в одном из интервью высказалась за необходимость получения документального подтверждения, что «от Парижа до Находки ОМСА — лучшие колготки». И если это подтверждение не будет представлено — рекламодателю придется менять рекламу62 .

Представляется, что об этом примере нельзя говорить как о случае введения в заблуждение разумных потребителей, хотя такая реклама без соответствующих подтверждений нарушает российское законодательство. Дело в том, что, по мнению автора, стихотворная форма красноречиво свидетельствует о явном расхваливании товара рекламодателем. Здесь хочется провести параллель с американским анимационным роликом о воде «Перье», когда художественность формы сыграла свою роль при решении вопроса, является ли реклама ненадлежащей.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что в России законодательство о рекламе и правоприменительные органы исходят из необходимости защиты доверчивого потребителя. Представляется, что такой подход является правильным в условиях нашей страны по причине неопытности и доверчивости российского потребителя. В этой связи использование в России так называемого стандарта защиты среднего потребителя, преобладающего в практике развитых стран мира, пока нецелесообразно.

Другой возможный способ защиты против обвинения в возможном введении в заблуждение — это доказывание того, что потребители не были введены в заблуждение рекламой или, еще лучше, что недостоверность в рекламе фактически никак не отразилась на их поведении. Вразбирательстве в США спора между корпорацией «Крафт» и ФТК по поводу сделанного в рекламе утверждения о содержании кальция в

сыре рекламодатель привел аргумент о том, что показатель относительного содержания кальция в кусочках сыра был несущественен для принятия потребителями решений о приобретении сыра. Этот аргумент был внимательно рассмотрен ФТК, а позднее — и судом. Однако в данной ситуации перевесил аргумент, приведенный ФТК, с которым согласился и суд, о том, что рекламное утверждение было сделано намеренно. В результате апелляционный суд из-за этого признал сделанные в рекламе утверждения существенными для потребителя 63. Данный пример показателен тем, что ФТК, аргументируя свою точку зрения,

недвусмысленно признала допустимость использования этого аргумента рекламодателем в свою защиту, хотя и выиграла дело.
Противоположный вывод был сделан в Великобритании в аналогичной ситуации. В соответствии с Законом о предпринимательской деятельности 1968 года (the Trade Description Act) ложное утверждение о том, что автомобиль был «в отличном состоянии во всех отношениях», было признано нечестной предпринимательской деятельностью, несмотря на то, что рекламодатель доказал, что покупатель не полагался на это его заявление в своем решении купить данную машину. Вышестоящий суд пересмотрел решение нижестоящего и постановил, что это последнее обстоятельство должно рассматриваться как смягчающее при определении наказания для рекламодателя, но не может, в принципе, рассматриваться как освобождающее от ответственности 64.
В Великобритании же в другом судебном деле эта мысль нашла свое развитие. Суд, в частности, заявил: «Надо признать, что многие люди читают рекламные объявления с определенной долей скептицизма к ним. При применении законодательства, однако, необходимо исходить из того, что существуют люди, которые будут верить в то, что рекламодатели говорят им. И в таких обстоятельствах ложное заявление, вероятно, является вводящим в заблуждение» 65.
В этом плане российская практика похожа на британскую. В качестве примера можно привести проведенную проверку достоверности и безопасности сведений, содержащихся в рекламе Центра лечения алкоголизма «ДАР», реклама которого обещала, что излечение алкоголизма гарантировано патентом Российской Федерации. В ходе проверки достоверности данного рекламного сообщения было установлено, что Центр «ДАР» имеет лицензию Московской медицинской комиссии, а также патент на этот метод лечения. Однако Антимонопольный комитет с согласия Минздравмедпрома предложил Центру изменить формулировку рекламы о том, что наличие патента может гарантиро вать излечение 66. Представляется, что в данном случае неточность в рекламе не является существенной, с точки зрения защиты разумных потребителей, в то время как это, наверное, важно для защиты доверчивых потребителей.
Уровень, из которого исходят
Скептический потребитель
Разумный или средний потребитель
Доверчивый
потребитель
Страны общей системы права
—
США, Канада
Великобритания, Австралия,
Новая Зеландия
Страны континенталь ной системы права
Италия
Испания, Франция
Германия, Россия
В следующей таблице кратко суммируются основные выводы по уровню защиты потребителей от недостоверных заявлений рекламода телей по разным странам.

§ 4. Перспективы гармонизации законодательства о недостоверной рекламе

Исследовав недостоверную рекламу в целом, необходимо обратиться к вопросу, насколько Директива по недостоверной рекламе способна гармонизировать законодательство стран — членов ЕС в их существую щей редакции.
Первые исследования законодательств стран — членов ЕС о рекламной деятельности были проведены в 1965 году Эженом Ульмером (Eugen Ulmer). Этот ученый пришел к выводу, что самый строгий подход к регулированию рекламы имеет Германия, а самый мягкий — Италия. Остальные страны ЕС в своем подходе находятся как бы между этими двумя полюсами рекламного регулирования, но ближе — к более строгим немецким правилам 67.
В связи с принятием Директивы по недостоверной рекламе в 1984 году Герхард Шрикер (Gerhard Schricker) спустя пять лет (в 1989 г.) провел повторное сравнительное исследование законодательств стран— членов ЕС68. Некоторые из них, например Бельгия, Великобритания, Греция, Испания, внесли в свои законодательства определенные изменения в соответствии с Директивой ЕС.

Германия заявила о том, что ее законодательство в полной мере соответствует Директиве, а потому не нуждается в изменениях. Интересно, что в Италии вообще не было предпринято никаких мер в отношении претворения европейской директивы в национальное законодательство, хотя, казалось бы, именно эта страна с ее чрезвычайно либеральным законодатель

Уровень, из которого исходят

Скептический потребитель

Разумный или средний потребитель

Доверчивый

потребитель

Страны общей системы права

—

США, Канада

Великобритания, Австралия,

Новая Зеландия

Страны континенталь ной системы права

Италия

Испания, Франция

Германия, Россия

ством о недостоверной рекламе должна была бы в первую очередь предпринять какие-то действия.

В этой связи Герхард Шрикер задался вопросом: а содержит ли Директива какие-то существенные требования, невыполнение которых позволило бы говорить о несоответствии законодательств отдельных стран требованиям ЕС. По его мнению, формулировка Директивы о том, что реклама является недостоверной, если она «...вводит в заблуждение или вероятно вводит в заблуждение лиц, которым она адресована, или лиц, которых она достигает...», соответствует и строгому немецкому законодательству, и либеральным итальянским законам, так как в ней ничего не говорится о том, какому именно потребителю (доверчивому, разумному или скептическому) предоставляется законодателем защита, а вопрос уровня защиты потребителей рекламы является основополагающим по своему значению для национальных законодательств отдельных стран69.

Таким образом, представляется, что использование широких неопределенных формулировок в окончательной редакции Директивы, явившееся следствием достигнутого компромисса, не позволяет пока говорить о каком-то строго определенном и окончательном подходе стран ЕС к недостоверной рекламе. По нашему мнению, можно говорить лишь о складывающейся системе общеевропейского регулирова ния рекламы, в которой Директива ЕС играет определенную гармонизирующую роль, однако переоценивать ее значимость пока не стоит. Дело в том, что до настоящего времени не вынесено ни одного решения Суда ЕС по этому вопросу, известного нам.

Думается, что именно решение Суда ЕС по данному вопросу в определенной степени позволит выявить категорию потребителей, которой гарантируется защита Директивой ЕС.

Представляется, что в этой связи существуют два возможных варианта развития событий. Во-первых, к Суду ЕС могут прибегнуть в ситуации, когда будет рассматриваться спор о том, выполняет ли отдельная страна — член ЕС свои обязательства по Директиве или же ее национальное законодательство находится ниже заложенного Директивой уровня защиты потребителей от недостоверной рекламы. Во-вторых, возможна ситуация, когда кто-то обратится в Европейский Суд в связи с тем, что отдельная страна — член ЕС обеспечивает чрезмерную защиту потребителей и, таким образом, не нарушая Директивы, нарушает правило Договора ЕС о свободном перемещении товаров и услуг.

Примечания

1. См.: Miracle G.E. Voluntary regulation of Advertising / G.E. Miracle, T. Nevett.— Lexington, MA: Lexington Books, 1987. — P. 1.
2. См.: Boddewyn J.J. Advertising Self-Regulation: Private Government and Agent of Public Policy // Journal of Public Policy and Marketing. — 1985. — № 4. — P. 129—130.
3. См.: Рыбаков В.А. Проблемы формирования гражданско-правовой активности (Вопросы теории и практики). — Уфа, 1993. — С. 152.
4. См.: August R. International Business Law. — NJ: Prentice Hall, 1993. — P. 50—51; Hotchkiss C. International Law For Business. — New York: McGraw-Hill, Inc., 1993. — P. 49—54.
5. См.: Mollering J. The German law of unfair competition and the Common Market // Media and Practice. — 1991. — № 12. — P. 16.
6. См.: August R. Op. cit. — P. 45—48; Hotchkiss C. Op. cit. — P. 57—63.
7. См.: Gordon R.L. Networks hit for ad clearance cuts // Advertising Age. — 1988.— 59 (37). — P. 6.
8. См.: Boddewyn J.J. Advertising Self-regulation And Outside Participation. — Westport, Conn.: Quorum Books, 1988. — P. 22.
9. См.: Sunshine Markers, Inc., NAD Case report. — 1992. — 16 March.
10. См.: Petty R.D. The Impact of Advertising Law on Business and Public Policy.— Westport, Conn.: Quorum Books, 1992. — P. 22.
11. См.: Plevan K.A. Advertising Compliance Handbook / K.A. Plevan, M.L.Siroky.— New York, 1988. — P. 343—362.
12. См.: Petty R.D. Op. cit. — P. 58, 98—99.
13 .См.: Baudot Barbara Sundberg. International Advertising Handbook. — Lexington, MA: Lexington Books, 1989. — P. 116—126.
14. См.: Robertson G. Media Law / G. Robertson, A. Nicol. — 3rd edn. — London: Penguin Books, 1992. — P. 22.
15. См.: Director of Fair Trading v. Tobyward. 1989. 2 All ER 266.
16. См.: Robertson G. Op. cit. — P. 22.
17. См.: Blakeney M. Advertising regulation in Australia: an evaluation / M. Blakeney, Sh. Barnes // Adelaide Law Review. — 1982. — 8 (1). — P. 29—60.
18. См.: Lysonski S. The New Zealand Fair Trading Act of 1986: deceptive advertising/ S. Lysonski, M.F. Duffy // Journal of Consumer Affairs. — 1992. — 26(1).— P. 177—199.
19. См.: Schricker G. Law and practice relating to misleading advertising in the member states of the EC // International Review of Industrial Property and Copyright Law. — 1990. — 21 (5). — P. 624.
20. См.: Hotchkiss C. International Law For Business. — New York: McGraw-Hill, Inc., 1993. — P. 80—86.
21. См.: Miracle G.E. Advertising regulation in Japan and the USA: an introductory comparison // Waesda Business and Economic Studies. — 1985. — № 21. — P. 35—69.
22. См.: Dommering E. Unlawful Publication under Dutch and European law — defamation, libel, and advertising // Media Law and Practice. — 1992. — 13 (4). — P.269.
23. См.: Boddewyn J.J. The Swedish Consumer-Ombudsman System and Advertising Self-Regulation // Journal of Consumer Affairs. — 1985. — 19 (1). — P. 140—162.
24. См.: Horn N. German Private And Commercial Law: An Introduction / N.Horn, H. Kotz, H.G. Leser. — Oxford: Clarendon Press, 1982. — P. 284—287; Grimes W.S. Control of advertising in the United States and Germany: Volkswagen has a better idea // Harvard Law Review. — 1971. — 84 (8). — P. 1778—1793.
25. См.: Собрание законодательства Российской Федерации. — 1995. — №30.— Ст. 2864.
26. Об истории двух вариантов Закона «О рекламе» и перипетиях обсуждения правительственного варианта Закона в Государственной Думе более подробно см.: Крылов И. Закон о рекламе должен защитить потребителя // Финансовые известия. — 1994. — № 20; Антимонопольный комитет становится монополистом в контроле над рекламой // Финансовые известия. — 1994. — № 67; Закон о рекламе: галстук или удавка? // Экономика и жизнь. — 1995. — № 1.
27. См.: Как действует Закон «О рекламе» // Закон. — 1996. — № 12. — С. 20.
28. Там же.

29. См.: Advertising Excellence / C.L.Bovee, J.V. Thill, G.P. Dovel and Marian Burk Wood. — P. 204.
30. См.: Собрание законодательства Российской Федерации. — 1995. — №22.— Ст. 1977.
31. См.: Тотьев К.Ю. Ненадлежащая реклама: законодательные запреты и ограничения // Хозяйство и право. — 1996. — № 1. — С. 59.
32. Крылов И.В. Теория и практика рекламы в России. — М., 1996. — С. 99.
33. См. там же.
34. Там же.
35. См.: Вольдман Ю. Комментарий Закона РФ «О рекламе» // Хозяйство и право. — 1997. — № 9. — С. 4.
36. См.: Petty R.D. Advertising challenges: a strategic framework and current review/ R.D. Petty, R.J. Kopp // Journal of Advertising Research. — 1995. — March/April. — P. 41—55.
37. См.: Petty R.D. The Impact of Advertising Law on Business and Public Policy.— Westport, Conn.: Quorum Books, 1992. — P. 22.
38. См.: Black V. A brief word about advertising // Ottawa Law Review. — 1988. — 20 (3). — P. 535.
39. См.: Petty R.D. The Impact of Advertising Law on Business and Public Policy.— P. 22.
40. См.: Black V. Op. cit. — P. 534.
41. См.: Зыков Д. Можно купить телефон за доллар, если доплатить еще восемьсот с лишним // Известия. — 1997. — 13 сентября. — С. 4.
42. Schricker G. Op. cit. — P. 136.
43. См.: Baudot Barbara Sundberg. Op. cit. — P. 116—137.
44. Ibid. — P. 558—559.
45. См.: Black V. Op. cit. — P. 558—559.
46. Mc Cormack S.C. Misleading advertising guidelines: Canada // International Law Journal. — 1993. — September. — P. 70.
47. См.: Petty R.D. Joe Camel and the commission: the real legal issues // Journal of Public Policy and Marketing. — 1993. — 12 (2). — P. 276—279.
48. См.: Reich N. Consumer Legislation in the EC Countries: A Comparative Analysis / N. Reich, H.W. Micklitz. — New York: Van Nostrand Reinhold Co, 1980. — P. 47.
49. См.: Petty R.D. The Impact of Advertising Law on Business and Public Policy.— P. 96—97.
50. См.: Schricker G. Op. cit. — P. 630.
51. См.: Jacoby J. The miscomprehension of mass-media advertising claims: a re-analysis of benchmark data / J. Jacoby, W.D. Hoyer // Journal of Advertising Research.— 1990. — 29 (June/July). — P. 9—16.
52. См.: Petty R.D. The Impact of Advertising Law on Business and Public Policy.— P. 96—97.
53. См.: Lysonski S. The New Zealand Fair Trading act of 1986: deceptive advertising/ S. Lysonski, M.F. Duffy // Journal of Consumer Affairs. — 1992. — 26 (1). — P. 183.
54. См.: Black V. Op. cit. — P. 530—532.
55. См.: Mc Cormack S.C. Op. cit. — P. 70.
56. См.: Schricker G. Op. cit. — P. 620—644.
57. Ibid. — P. 633.
58. См.: Mollering J. The German law of unfair competition and the Common Market // Media Law and Practice. — 1991. — № 12. — P. 19.
59. См.: Rijkens R. European Regulation of Advertising / R. Rijkens, G.E. Miracle.— Amsterdam: North-Holland, 1986. — P. 150.
60. См.: Black V. Op. cit. — P. 522.
61. Цит. по: Мельникова О. Законодательство о рекламе // Закон. — 1996. — № 12. — С. 77—78.
62. См.: Как действует Закон «О рекламе» // Закон. — 1996. — № 12. — С. 21.
63. См.: Kraft Inc. V. FTC 1992, 970 F. 2d 311, cert.denied, 61 U.S.L.W. 2091.
64. См.: Chidwick v. Beer, 1974, R.T.R 415.
65. Director of Fair Trading v. Tobyward. 1989 2 All ER 266.
66. Цит. по: Мельникова О. Законодательство о рекламе // Закон. — 1996. — № 12. — С. 79.
67. Цит. Ульмера по: Schricker G. Op. cit. — P. 626—627.

Или см. оригинальный источник на немецком языке: Ulmer Eugen. Das Recht des unlauteren Wettbewerbes in den Mitgliedstaaten der EWG. — Vol. 1. Vergleichende Darstellung, point 203 (1965).

68. См.: Schricker G. Op. cit. — P. 620—644.

69. Ibid. — P. 643—644.

Тема 8 Ответственность за ненадлежащую рекламу

§ 1. Процесс доказывания ненадлежащей рекламы

Традиционно от рекламодателей не требовалось представления доказательств правдивости их утверждений. Скорее, лица, оспариваю щие правомерность сделанных рекламных заявлений, должны были нести бремя доказывания недостоверности. Это традиционное правило в настоящее время меняется. В США ФТК начала требовать от рекламодателей представления «разумного основания» их рекламных утверждений в начале семидесятых годов. ФТК запрещает делать неподтвержденные утверждения в рекламе. Национальный рекламный отдел (NAD), орган саморегулирования, следует такому же подходу в своей деятельности. Однако, согласно Закону Ланхэма, оспаривающий правомерность рекламы несет сам бремя доказывания, что реклама является ложной. Но иногда суды в соответствии с Законом Ланхэма признают ненадлежащими утверждения, которые не подтверждаются рекламодателем, если рекламодатель обещает это в своей рекламе, например, «тесты подтверждают...».
Новая Зеландия недавно стала следовать практике ФТК США и теперь тоже требует, чтобы рекламодатели сами доказывали правдивость их утверждений. Похожая ситуация и в Канаде, законодательство которой Стюарт Мак-Кормак описал следующим образом: «Любые заявления и гарантии относительно эксплуатации, действенности или срока службы товара, которые не основаны на соответствующих надлежащих тестах, запрещаются действующим законодательством как ложные или вводящие в заблуждение заявления. В этом отношении на рекламодателе лежит бремя доказывания, что сделанные заявления подкрепляются соответствующими надлежащими тестами, которые были проведены до того, как сделаны эти рекламные утверждения» 1.
Директива ЕС о недостоверной рекламе также требует, чтобы рекламодатели несли бремя доказательств правдивости своей рекламы, если такая мера является уместной в свете обстоятельств дела (ст. 6). Европейские страны согласились с этим требованием, теперь остается лишь понаблюдать, будут ли подходящие обстоятельства охватывать лишь некоторые дела или же включать в себя большинство дел, так как в Директиве разрешено странам делать те или иные исключения в этом вопросе в зависимости от обстоятельств. В Великобритании и органы саморегулирования, и новое законодательство о недостоверной рекламе требуют, чтобы рекламодатели имели соответствующие подтверждения до распространения рекламы2 .
В Российской Федерации на рекламодателей может возлагаться обязанность по доказыванию достоверности рекламной информации. Это, в частности, возможно в тех случаях, когда того требуют рекламопро изводители или рекламораспространители (п. 1 ст. 22 Закона «О рекламе»). Справедливости ради надо отметить, что они требуют этого крайне редко, так как заинтересованы в получении денег за производимую или распространяемую рекламу.
Что касается случаев возложения обязанности доказывания достоверности рекламной информации на рекламодателей уже после распространения рекламы (а не до этого, как было рассмотрено выше), то в ряде случаев это возможно. Например, по логике статьи 7 Закона Российской Федерации «О рекламе» рекламодателю придется документально подтверждать правильность употребления в рекламе слов «самый», «только», «лучший», «абсолютный», «единственный» и тому подобных, если он не хочет признания своей рекламы недостовер ной.
Другой яркий пример — это случаи распространения в рекламе сведений, порочащих честь, достоинство или деловую репутацию физических или юридических лиц. Согласно статье 152 ГК Российской Федерации, распространивший такие сведения (а в нашем случае за содержание рекламы отвечает рекламодатель — ст. 30 Федерального закона «Орекламе») несет бремя доказывания соответствия их действительности.
Нельзя не упомянуть о статье 27 Федерального закона «О рекламе», согласно которой сотрудники антимонопольного ведомства имеют право беспрепятственного доступа ко всем необходимым им документам, и статье 24, по которой им обязаны предоставлять такую информацию.
Таким образом, подход российского законодателя к доказыванию достоверности рекламной информации можно оценить как возлагающий это бремя на рекламодателей в подавляющем большинстве случаев. Формально, правда, в законодательстве об этом упоминается лишь в отношении ряда определенных

случаев. Однако надо принимать во внимание то обстоятельство, что для конкурентов существует возможность ссылаться на опороченную репутацию, чтобы переложить бремя доказывания на рекламодателя, а антимонопольные органы наделены правами беспрепятственного истребования информации, что фактически означает представление необходимых доказательств противной стороной.
В следующей таблице суммированы основные выводы о несении бремени доказывания достоверности рекламной информации.
Сторона, доказывающая достоверность
Рекламодатель
Истец
Страны общей системы права
Новая Зеландия, США (практика ФТК)
США (по Закону Ланхэма)
Страны континенталь ной системы права
Страны ЕС, Россия
Германия

§ 2. Выбор санкции за ненадлежащую рекламу

В случае наличия обстоятельств, свидетельствующих о недостовер ности рекламы (а они были рассмотрены выше), встает вопрос об ответственности за подобную деятельность. Органы саморегулирова ния не имеют юридических полномочий налагать меры ответственно сти, что и является их отличительной чертой. Но за многими такими общественными организациями стоит возможность применения мер юридической ответственности государственными организациями, если рекомендации органов саморегулирования не будут выполняться. Наиболее типичным средством в арсенале органов саморегулирования является рекомендация рекламодателю прекратить или видоизменить рекламу в целях предотвращения распространения вводящих в заблуждение утверждений.
В США стандартным средством ФТК также является распоряжение о прекращении или видоизменении рекламного объявления. Эта же самая мера в США обычно применяется и согласно закону Ланхэма. Спомощью этой традиционной меры можно запретить повторное использование недостоверной рекламы одного рекламодателя в отношении одного товара. ФТК имеет в своем арсенале и так называемые распространяемые запретительные распоряжения (broadened cease and desist orders). ФТК может принимать их в отношении определенной недостоверной деятельности в рекламе, и применяться они будут ко всем рекламодателям, которые осуществляют эту специфическую рекламную практику. Например, если существует определенный временной промежуток между применением синтетического моющего средства и исчезновением грязи как результатом этого, то об истечении этого времени должно сообщаться в вербальной или графической форме.
С помощью данного средства (распространяемого запретительного распоряжения) ФТК может также запретить рекламодателю использовать сходные виды утверждений. В связи с тем, что эта мера может быть применена только в конце длительного разбирательства, часто
Сторона, доказывающая достоверность
Рекламодатель
Истец
Страны общей системы права
Новая Зеландия, США (практика ФТК)
США (по Закону Ланхэма)
Страны континенталь ной системы права
Страны ЕС, Россия
Германия
длящегося годами, ФТК недавно получила право использовать в делах о рекламе другое средство — судебные постановления. Предваритель ным судебным постановлением может быть приостановлено распространение рекламы на время разбирательства в ФТК, и все, что нужно сделать ФТК для получения такого постановления, — доказать лишь возможность конечного успеха в предпринятых действиях против ненадлежащей рекламы3 .
Основным средством борьбы с недостоверной рекламой, согласно Закону Ланхэма, является судебное постановление, запрещающее распространение рекламы в будущем. Часто дела успешно разрешаются уже после принятия предварительного постановления. Для того чтобы получить такое предварительное постановление,

истец несет несколько большее бремя доказывания, по Закону Ланхэма, нежели Федеральная торговая комиссия, по Закону о ФТК. В частности, истец должен доказать три обстоятельства:
во-первых, он вероятно победит в судебном разбирательстве, так как реклама является ложной;
во-вторых, реклама ответчика вероятно причиняет или уже причинила вред истцу;
в-третьих, вред истца без такого постановления будет превышать вред ответчика в случае принятия против него этого постановления (так называемый баланс лишений).
Как и США, большинство других стран также использует судебные постановления в связи с делами о недостоверной рекламе. В Германии, например, такая мера, как предварительное судебное постановление, используется достаточно часто в делах о рекламе, инициируемых конкурентами 4. Бремя доказывания в Германии в подобных ситуациях намного меньше, чем это требуется в США по Закону Ланхэма, и примерно соответствует бремени доказывания для ФТК, однако в Германии это сбалансировано путем возможной ответствен ности истца за убытки ответчика, если истец не выиграет судебный процесс полностью.
Некоторые страны, в частности Франция, так же, как и в ряде случаев ФТК США, применяют в качестве дополнительной меры ответственности контррекламу 5. В Голландии тоже допускается применение «исправлений» (устранения ошибок в рекламе — «rectification»), но эта мера ответственности относится к числу основных, а не вспомогательных или дополнительных. В Австралии также существует возможность использования контррекламы, но законодательство этой страны ограничивает размер суммы, которая может быть потрачена рекламодателем на контррекламу, шестьюдесятью тысячами долларов, а этой суммы недостаточно, даже чтобы купить прокат одного минутного рекламного ролика в лучшее эфирное время. Исследование, проведен
ное в 1982 году Барнсом и Блакени, показало, что данная мера ответственности ни разу не применялась в Австралии по 1981 год включительно 6.
Причиненные убытки от недостоверной рекламы возмещаются крайне редко, и часто не возмещаются в отношении потребителей вообще. ВСША ФТК не так давно начала практику получения компенсаций потребителям по делам о рекламе, которые были связаны с очевидно ложными утверждениями. Для того чтобы получить компенсацию убытков конкурентам от недостоверной рекламы в США, им необходимо доказать в соответствии с Законом Ланхэма снижение объема собственных продаж, что сделать достаточно трудно7. ВГермании действующим законодательством разрешается потребительс ким группам возбуждать иски об убытках, но при этом любой истец обязан доказать умышленное или неосторожное неправомерное поведение рекламодателя 8.
В Великобритании убытки обычно взыскиваются (а возможно даже и тюремное заключение) по Закону о предпринимательской деятельности 1968 года (the Trade Descriptions Act of 1968). В отличие от этого закона, в соответствии с правовыми актами о ненадлежащей рекламе 1988 года Директор по вопросам честного предпринимательства Великобритании (the Director of Fair Trading) может добиться только судебного запрета рекламы, но не возмещения убытков. Новая Зеландия и Канада в этом вопросе следуют традиции стран общего права, применяя в качестве типичных мер ответственности за недостоверную рекламу взыскание убытков в размере нескольких тысяч долларов 9.
В Российской Федерации основным орудием борьбы с недостоверной рекламой является предписание антимонопольных органов о прекращении нарушения законодательства о рекламе. В принципе возможны полное или частичное приостановление рекламы, контрреклама, возмещение убытков, компенсация морального вреда, предупреждение, штраф, даже лишение свободы. Может быть предъявлен иск о признании недействительными сделок, связанных с недостоверной рекламой.
Таким образом, можно сказать, что наиболее распространенной санкцией во всех странах является постановление о прекращении недостоверной рекламы в той или иной форме. В меньшей степени применяются контрреклама, штраф, возмещение убытков.
Анализ недостоверной рекламы в разных государствах показывает, что, несмотря на внешнюю схожесть регулирующих ее правовых актов, существуют значительные различия в интерпретации рекламных утверждений и степени недостоверности (обманчивости), которая считается критической для решения вопроса о

предоставлении или непредоставлении мер правовой защиты. В то же время наблюдается тен
Типичная санкция
Запрет рекламы
Убытки
Контрреклама
Страны общей системы права
США, Великобритания
Канада, Новая Зеландия
США, Австралия
Страны континенталь ной системы права
Германия, Россия
—
Франция, Голландия
денция в сближении подходов различных стран в отношении санкций, а также подтверждения содержания рекламной информации.
Различия и схожести законодательства стран мира о недостоверной рекламе, думается, связаны не с правовой традицией, а с поиском и заимствованием чужого опыта, который представляется этим странам интересным при разрешении собственных правовых проблем, связанных с массовой рекламой.
В следующей таблице суммированы основные выводы по типичным санкциям, применяющимся за ненадлежащую рекламу в различных странах.
Особую важность приобретает закрепление мер юридической ответственности за ненадлежащую рекламу в Российской Федерации в связи с неискушенностью отечественного потребителя. В российском законодательстве о рекламе основной акцент делается на администра тивную ответственность.
В соответствии с пунктом 2 статьи 31 Федерального закона «О рекламе» ненадлежащая реклама, или отказ от контррекламы, или непредоставление в установленный срок сведений по требованию федерального антимонопольного органа (его территориального органа) влекут административную ответственность в виде предупреждения или штрафа в размере до 200 минимальных размеров оплаты труда. Следует иметь в виду, что разработчики закона забыли указать, кто может применять данную меру административной ответственности. Очевидно, антимонопольные органы как создатели закона имели в виду себя, но по небрежности забыли это сделать, тем самым себе же создав проблемы в борьбе с недобросовестными рекламодателями.
В законодательстве четко определено лишь, что федеральный антимонопольный орган или его территориальные органы вправе налагать штрафы на рекламодателей, рекламопроизводителей и рекламорас пространителей за неисполнение в срок предписаний о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и решений об осуществлении контррекламы в размере до 5000 минималь
Типичная санкция
Запрет рекламы
Убытки
Контрреклама
Страны общей системы права
США, Великобритания
Канада, Новая Зеландия
США, Австралия
Страны континенталь ной системы права
Германия, Россия
—
Франция, Голландия
ных размеров оплаты труда, установленных федеральным законом (п. 3 ст. 31 ФЗ «О рекламе»). Взыскание штрафа производится в судебном порядке, если его уплата не произведена добровольно. Таким образом, непосредственно сам факт ненадлежащей рекламы караться не может, наказывается лишь непослушание. Получается, что представителям рекламной индустрии достаточно несколько видоизменить рекламу, чтобы избежать ответственности.
У субъектов, осуществляющих рекламную деятельность в той или иной форме, есть права по обжалованию действий антимонопольных органов. Так, согласно пункту 4 статьи 31 Закона «О рекламе», рекламодатель, рекламопроизводитель или рекламораспространитель вправе обратиться в суд, арбитражный суд с заявлением

о признании недействительным полностью или частично предписания или решения федерального антимонопольного органа (его территориального органа). При этом подача указанного заявления не приостанавливает исполнение обжалуемого предписания или решения, если судом или арбитражным судом не будет вынесено определение о приостановле нии исполнения названных актов.
Как показывает практика, описанные меры административной ответственности являются достаточно эффективными. Однако представляется целесообразным рассмотреть возможность их дополнения новой санкцией — запретом на рекламу в течение определенного срока.
Общественная опасность заведомо ложной рекламы очевидна и находит повседневное практическое подтверждение. Особенно опасна ложная реклама услуг, связанных с использованием денежных средств. Наглядным примером этому служат сотни тысяч обманутых граждан, поверивших рекламным обращениям таких организаций, как «МММ», «Русский дом селенга», «Русская недвижимость», «Хопер-инвест» и других.
Заведомо ложная реклама (ст. 182 УК РФ) — это новый состав преступления, который не был ранее известен уголовному законодательству послеоктябрьской России. Впервые о необходимости введения уголовной ответственности за нарушение законодательства о рекламе в Российской Федерации задумались при принятии Федерально го закона «О рекламе». В нем закреплено положение, согласно которому «заведомо ложная реклама, совершенная с целью получения прибыли (дохода) и причинившая существенный ущерб государственным или общественным интересам либо охраняемым законом правам и интересам граждан, влечет уголовную ответственность».
В соответствии с этой законодательной формулой уголовная ответственность должна наступать только при определенном условии, а именно, если рекламодатель имел цель получение дохода (прибыли) и если в результате этого причиняется существенный ущерб. Однако в диспозиции статьи 182 УК РФ такой четкой оговорки не дается и также не указывается, кому может быть причинен существенный ущерб (более того, речь идет не о существенном, а о значительном ущербе). Уголовный кодекс говорит об использовании в рекламе заведомо ложной информации относительно товаров, работ или услуг, а также их изготовителей (исполнителей, продавцов), совершенном из корыстной заинтересованности и причинившем значительный ущерб. Критериев значительности закон не определяет. Это оценочная категория, и ее конкретное выражение определяется в каждом конкретном случае с учетом всех обстоятельств дела.
В Законе «О рекламе» определяется, что ненадлежащая реклама, совершенная повторно в течение года после наложения администра тивного взыскания за те же действия, влечет уголовную ответствен ность в соответствии с законодательством. В данном случае условие наступления уголовной ответственности ставится в зависимость от предшествующего нарушения. При принятии же Уголовного кодекса РФ законодатель отказался от включения административно-правовой преюдиции в диспозиции статей. В данном случае разработчики УК не поддержали концепцию ответственности за нарушения законодатель ства о рекламе, предложенную создателями Закона «О рекламе». Данные нестыковки в законодательстве до сих пор не устранены, и все это, конечно, отрицательно влияет на правоприменительную практику. Представляется, что данные законотворческие ошибки стали возможными только потому, что на стадии разработки нормативно-пра вовых актов (законопроектов) отсутствует стройная законодательно определенная система. Законодатель игнорирует правила юридической техники, принципы и приемы конструирования конкретных правовых норм.
Исследование законодательства дает основание говорить о том, что произошло сужение сферы уголовной ответственности за ненадлежа щую рекламу (предложенной разработчиками Закона «О рекламе») до уголовной ответственности только за заведомо ложную рекламу. Следует отметить, что за рубежом уголовная ответственность установлена не только за заведомо ложную рекламу, но и за другие преступления в области рекламы.
Кроме того, анализ российской уголовно-правовой нормы, предусматривающей ответственность за заведомо ложную рекламу, показывает, что она нуждается в введении дополнительных квалифициру ющих признаков. Предлагается сформулировать часть 2 статьи 182 УК РФ в следующей редакции: «Те же деяния, совершенные:

а) группой лиц по предварительному сговору;
б) неоднократно;
в) лицом с использованием своего служебного положения».

§ 3. Современные тенденции в возложении ответственности за ненадлежащую рекламу

Интересные тенденции просматриваются в последнее время в судебной практике США относительно вопроса распределения ответственности при осуществлении рекламной деятельности. Федеральные апелляционные суды разделились во мнении, может ли рекламорас пространитель подлежать ответственности за вред, возникший от рекламируемой услуги. Своеобразным полигоном для выяснения этого вопроса стал журнал «Солдат удачи».
Услуги, предлагавшиеся в частных рекламных объявлениях в этом журнале, привели к убийствам. Родственники убитых потребовали от журнала возмещения вреда, утверждая, что его редакторы должны были знать, что рекламные объявления «наймите пистолет» и «специалист, разбирающийся в оружии, готовый к выполнению заданий, связанных с высоким риском», вероятно, могут привести к тяжким последствиям. Федеральные суды Техаса и Джорджии согласились с их мнением, присудив в одном случае 9,4 миллиона долларов, а в другом — 4,3 миллиона 10. Журнал прекратил публикацию личных рекламных объявлений в 1986 году.
Федеральный суд в Хьюстоне вынес решение о возмещении вреда даже в большем размере, посчитав, что реклама, размещенная Джоном Хеарном, бывшим инструктором по физической подготовке морской пехоты с боевым опытом Вьетнама, привела к убийству женщины11 . Суд действовал, опираясь на теорию, что журнал проявил небрежность в принятии рекламного объявления, подразумевавшего готовность совершить преступление. Откликнувшись на данную рекламу, Роберт Блэк из Техаса предложил Хеарну десять тысяч долларов за убийство своей жены Сандры, что и было сделано. Мать убитой и ее сын возбудили дело против журнала.
Апелляционная инстанция отменила решение нижестоящего суда по этому делу, не обращаясь к защите Первой поправки Конституции США, на которую ссылался журнал12. Суд использовал только нормы техасского законодательства об ответственности, признав, что к газетам и журналам не могут применяться такие же высокие стандарты ответственности, как к обычным товаропроизводителям. Суд отметил, что средства массовой информации должны проявлять «разумную заботу» при принятии рекламы, с точки зрения ее возможного вреда. Вданном примере суд счел, что журнал «Солдат удачи» соответство вал требованиям этого стандарта, так как формулировка рекламы была слишком неясной, чтобы ее можно было воспринять как предложение криминальных услуг.
Уже в девяностые годы суд одиннадцатого округа пришел к противоположному заключению в отношении подобной рекламы13 . В этом деле бизнесмен из Атланты нанял Ричарда Саважа, описывавшего себя как «профессионального наемника», предлагавшего «эксклюзив ные и высококонфиденциальные» «специальные умения», чтобы убить своего партнера. Сыновья убитого предъявили иск к журналу и выиграли дело. Суд счел, что средство массовой информации может нести ответственность за рекламные объявления, содержащие «четко идентифицированные неразумные опасности». После того, как Верховный суд США отказался пересматривать дело, журналу все-таки удалось заключить мировое соглашение с истцами. Адвокат истцов при этом отметил, что альтернативой было вообще полное разорение журнала14 .
Анализ вышеприведенных дел показывает, что рекламораспрост ранители обязаны отбирать рекламные объявления, используя разумную заботу для устранения тех из них, которые представляют «неразумные опасности» причинения вреда из-за их содержания. Последние два дела с почти идентичными обстоятельствами демонстрируют, что различие между разумными и неразумными опасностями становится ключевым вопросом в из разрешении.
Российская правоприменительная практика сводится, в основном, к освобождению рекламораспространителя от ответственности за ненадлежащую рекламу. Это происходит частично из-за того, что в законодательство о рекламе в свое время был заложен принцип особой заботы о средствах массовой информации как носителях свободы слова.

Так, в следующем деле при распространении рекламы товара без пометки об обязательной сертификации меры административного воздействия были применены к рекламодателю, так как было констатировано отсутствие вины рекламораспространителя в этом нарушении.
Антимонопольный орган предписал организации — рекламорас пространителю (газете) прекратить, в числе других, нарушение требований пункта 4 статьи 5 Закона о рекламе о необходимости сопровождения рекламы товаров, подлежащих обязательной сертификации, пометкой установленной формы.
Рекламораспространитель обратился в арбитражный суд с требованием о признании предписания в этой части недействительным.
Суд заявленное требование удовлетворил, исходя из следующего. Закон о рекламе не обязывает рекламораспространителя проверять, подлежат ли обязательной сертификации товары, объявление о которых он принял к распространению, и требуется ли в данном случае соответствующая пометка.
Согласно статье 7 Закона, наличие сертификата соответствия является одной из характеристик товара. В силу статьи 22 Закона предъяв
ление рекламодателю требований подтвердить достоверность рекламной информации в части характеристик рекламируемого товара является правом, а не обязанностью рекламораспространителя.
Неосуществление права законодательством как нарушение не рассматривается. Следовательно, со стороны рекламораспространителя отсутствует нарушение каких-либо норм Закона при принятии от рекламодателей объявлений без пометки о том, что товар подлежит обязательной сертификации.
На основании статьи 26 Закона содержанием предписания является требование об устранении нарушения. Поэтому в части пометки о сертификации товара предписание должно быть адресовано рекламодателю, а не рекламораспространителю, за исключением случаев, когда по вине последнего соответствующая пометка была изъята из полученного им текста рекламы15 .
Проблемы административной ответственности
за ненадлежащую рекламу
В связи с неискушенностью отечественного потребителя в Российской Федерации особую важность приобретает закрепление мер юридической ответственности за ненадлежащую рекламу. Основной акцент в российском законодательстве о рекламе делается на администрати ную ответственность.
В соответствии с пунктом 2 статьи 31 Федерального закона «Орекламе» ненадлежащая реклама или отказ от контррекламы, или непредставление в установленный срок сведений по требованию федерального антимонопольного органа (его территориального органа) влекут административную ответственность в виде предупреждения или штрафа в размере до 200 минимальных размеров оплаты труда. Следует иметь в виду, что разработчики закона забыли указать, кто может применять данную меру административной ответственности. Очевидно, антимонопольные органы как создатели закона имели в виду себя, но по небрежности забыли это сделать, тем самым себе же создав проблемы в борьбе с недобросовестными рекламодателями.
В законодательстве четко определено лишь то, что федеральный антимонопольный орган или его территориальные органы вправе налагать штрафы на рекламодателей, рекламопроизводителей и рекламораспространителей за неисполнение в срок предписаний о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и решений об осуществлении контррекламы в размере до 5000 минимальных размеров оплаты труда, установленных федеральным законом (п. 3 ст. 31 ФЗ «О рекламе»). Взыскание штрафа производится в судебном порядке, если его уплата не произведена добровольно. Таким образом, непосредственно сам факт ненадлежащей рекламы ка
раться не может, наказывается лишь непослушание. Получается, что представителям рекламной индустрии достаточно несколько видоизменить рекламу, чтобы избежать ответственности.
Такая точка зрения о применении пункта 2 статьи 31 Закона «Орекламе» разделяется не всеми специалистами. Так, например, Ю.Я.Вольдман прямо пишет о том, что административная ответствен ность должна применяться антимонопольными органами за сами нарушения, а не за невыполнение предписаний о прекращении нарушений законодательства о рекламе и решений об осуществлении контррекламы 16. Другие специалисты, в частности С.Э. Жилинский, обоснованно, на наш взгляд, критикуют такое толкование статьи 31, говоря о том, что оно не подтверждается текстом самого Закона17. Такую же позицию занимают и

представители антимонопольных органов18 . Более того, внутренние акты этих органов19 не предусматривают административного взыскания за факт ненадлежащей рекламы (в отличие, например, от неисполнения предписаний).
Интересно отметить, что свою точку зрения по этой проблеме могли высказать и арбитражные суды, но, к сожалению, они уклонились от прямого ответа при рассмотрении следующего дела.
Свердловское территориальное управление МАП России обратилось в Арбитражный суд Свердловской области с иском к товариществу с ограниченной ответственностью «Газета "Вечерний Екатеринбург"» о взыскании с ответчика 8349000 рублей (в старом масштабе цен) штрафа за ненадлежащую рекламу и непредставление в установленный срок сведений по требованию антимонопольного органа.
Решением от 21 августа 1997 года в удовлетворении искового требования отказано. В апелляционной инстанции дело не рассматрива лось. Федеральный арбитражный суд Уральского округа постановле нием от 25 ноября 1997 года оставил решение без изменения.
В протесте заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации предлагалось названные судебные акты отменить, дело направить на новое рассмотрение. Президиум посчитал, что протест подлежит удовлетворению по следующим основаниям.
Отказывая в иске, арбитражный суд исходил из того, что у антимонопольного органа отсутствуют полномочия для наложения штрафа, а юридическое лицо не может быть привлечено к ответственности за нарушения, указанные в пункте 2 статьи 31 Федерального закона «О рекламе». Эти выводы признаны ошибочными.
Как видно из материалов дела, на последней полосе газеты «Вечерний Екатеринбург» было размещено рекламное объявление о предпраздничной торговле алкогольной продукцией, что запрещено пунктом 1 статьи 16 Федерального закона «О рекламе».
В соответствии со статьей 30 Закона ответственность за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе в части, касающейся времени, места и средств размещения рекламы, несет рекламораспространитель. На основании пункта 2 статьи 31 Закона ненадлежащая реклама влечет административную ответственность в виде предупреждения или штрафа.
В силу статьи 26 Закона антимонопольные органы в пределах своей компетенции осуществляют государственный контроль за соблюдени ем законодательства о рекламе и вправе предъявлять в арбитражные суды иски в связи с нарушением рекламодателями, рекламопроизво дителями и рекламораспространителями этого законодательства.
Таким образом, отказ антимонопольному органу в иске о взыскании штрафа с организации-рекламораспространителя за ненадлежа щую рекламу является неправомерным. Суду следовало рассмотреть вопрос о применении ответственности по существу.
Учитывая изложенное, президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации постановил: решение Арбитражного суда Свердловской области и постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа по делу отменить. Дело направить на новое рассмотрение в первую инстанцию Арбитражного суда Свердловской области20 .
Таким образом, принципиальный вопрос о том, за что можно налагать штраф (за само нарушение законодательства или только за неисполнение в срок предписаний), остался без ответа в судебной практике. Представляется, что противоречивая оценка статьи 31 различными инстанциями арбитражного суда лишний раз демонстрирует существенный порок законодательства о рекламе — совершенно неудовлетворительную процедуру привлечения к административной ответственности. Ее громоздкость и неоперативность позволяют виновным без особого труда обходить закон и продолжать противоправные деяния в сфере рекламы21 .
На практике предприниматели поступают так: предписание выполняют — снимают рекламу, а через неделю запускают вновь. Чтобы этого не было, предлагалось внести дополнения в Закон о том, что если нарушение законодательства о рекламе прошло повторно в течение года, то штраф налагался бы сразу без всяких предписаний 22. Думается, что подобные предложения являются половинчатыми и потому неприемлемыми. На наш взгляд, следует прямо говорить о целесообразности введения административной ответственности за ненадлежащую рекламу.

Кроме того, если принять компромиссную или половинчатую точку зрения, высказанную представителем антимонопольных органов Н.Е.Фонаревой, то это не прекратит своеобразной игры в «кошки-
мышки», когда все время, пока дело готовится к рассмотрению, рассматривается и позднее в срок, отведенный для исполнения принятого по нему решения (а на это уходят многие месяцы), виновный может спокойно продолжать игнорирование законодательства о рекламе, выполнив адресованное ему решение лишь в самый последний день.
Еще одним парадоксом административной ответственности является ситуация с контррекламой. За ее неисполнение в срок (например, за исполнение с просрочкой) установлен штраф до 5000 минимальных размеров оплаты труда (МРОТ), а за категорический отказ от контррекламы — штраф только до 200 МРОТ или вообще предупрежде ние. Очевидно, что логика здесь нарушена, и ситуация должна быть исправлена. Норма об отказе от контррекламы является «мертвой», она не встречается на практике 23, так как всегда есть возможность применять норму о неисполнении контррекламы в срок (санкция которой куда внушительней).
Существенные нововведения внесены в законодательство в части административной ответственности за правонарушение в области рекламы. В соответствии со статьей 2 ФЗ «О введении в действие Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» от 30 декабря 2001 года утрачивает юридическую силу абзац первый пункта2, абзацы первый, пятый пункта 3 статьи 31 ФЗ «О рекламе».
В принятом Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях 24 административная ответственность устанавливает ся рядом административно-правовых норм, которые предусматривают применение мер административного наказания за посягательства на различные родовые объекты правоохраны: права граждан; здоровье, санитарно-эпидемиологическое благополучие населения и обществен ная нравственность; связь и информация; предпринимательская деятельность; финансы, налоги и сборы, рынок ценных бумаг; порядок управления.
Подобный подход видится оправданным по причине того, что правонарушения в области рекламы имеют столь широкое выражение. Так, к числу законодательных новелл следует отнести установление административной ответственности за нарушения предусмотренных законодательством о выборах и референдумах условий рекламы предпринимательской и иной деятельности кандидатов,
зарегистрированных кандидатов, избирательных блоков, иных лиц и организаций, на рекламирование предпринимательской и иной деятельности которых распространяются требования и ограничения, предусмотренные законодательством о выборах и референдумах (ст. 5.9 КоАП РФ).
Формирование подобного запрета вполне оправдано по причине того, что кандидаты в депутаты, на выборные должности, в органы государственной власти, местного самоуправления, избирательные
блоки, избирательные объединения на период участия в таких публичных процессах, как выборы и референдумы обладают большим информационным ресурсом, что может привести к неравному (исключительному) положению на информационных рынках. Наличие подобной нормы оправдано тем, что государство дает возможность для ведения агитации посредством предоставления бесплатного эфирного времени, которое должно быть использовано исключительно на названные цели (доведение до избирателей платформы кандидата и т.п.), а не на рекламу предпринимательской и иной не имеющей отношения к избирательной кампании деятельности.
Статьей 6.13 КоАП РФ устанавливается административная ответственность за пропаганду либо незаконную рекламу наркотических веществ, психотропных веществ или их прекурсоров. С учетом неконтролируемого роста числа лиц, потребляющих наркотики, подобный запрет является вполне оправданным. Учитывая высокую степень общественной опасности данных правонарушений, законодателем установлены высокие меры административных наказаний: на граждан — от 20 до 25 минимальных размеров оплаты труда; на должностных лиц— от 40 до 50 минимальных размеров оплаты труда; на юридических лиц— от 400 до 500 минимальных размеров оплаты труда, а также в отношении всех субъектов в качестве альтернативной санкции предусмотрена возможность конфискации рекламной продукции и оборудования. Вкачестве технико-юридической собственности данной нормы является наличие примечания, в котором указано, что не является административным правонарушением распространение в

специализированных изданиях, рассчитанных на медицинских и фармацевтических работников, сведений о разрешенных к применению в медицинских целях наркотических средствах, психотропных веществах и их прекурсорах.
За нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе (ненадлежащая реклама или отказ от рекламы — предусмотрена ст. 14.3 КоАП РФ) к ответственности может быть привлечен каждый из субъектов рекламной деятельности с учетом того, кем было допущено нарушение законодательства о рекламе — рекламодателем, рекламопроизводителем, то есть учитываются положения статьи 30 ФЗ «О рекламе», где предусмотрена раздельная ответственность данных субъектов.
Включение в гипотезу нормы сразу двух альтернативных деяний, нарушающих законодательство о рекламе, — ненадлежащая реклама и отказ от контррекламы — по сути дела дублирует абзац первый пункта2 статьи 31 ФЗ «О рекламе». Вместе с тем, ненадлежащая реклама и контррекламa являются далеко не одинаковыми деяниями как по форме выражения, так и по степени общественной опасности, что требует дифференцированного подхода со стороны правоприменителя при рассмотрении подобной категории дел, хотя установленные максимальные и минимальные границы санкций не дают возможности для широкого маневра.
Административная ответственность за ненадлежащую рекламу с использованием ценных бумаг документов, удостоверяющих денежные и иные обязательства, установлена статьей 15.24 КоАП — «публичное размещение, реклама или предложение в любой иной форме под видом ценных бумаг документов, удостоверяющих денежные и иные обязательства и не являющихся в соответствии с законом ценными бумагами, если эти деяния не содержат уголовного наказуемого деяния». Думается, что подобные деяния могут быть охвачены понятием «ненадлежащая реклама» и по этой причине не следовало включать данную норму в КоАП РФ.
Законодателем сформирована еще одна норма, которая имеет отношение к рекламе. Так, статья 13.15 КоАП РФ предусматривает ответственность за изготовление и (или) распространение теле-, видео-, кинопрограмм, документальных и художественных фильмов, а также относящихся к специальным средствам массовой информации информационных компьютерных файлов и программ обработки информационных текстов, содержащих скрытые вставки, воздействующие на подсознание людей и (или) оказывающие вредное влияние на их здоровье.
Думается, что эти действия следует рассматривать как скрытую рекламу, которой в соответствии со статьей 10 ФЗ «О рекламе» является использование в радио-, теле-, видео-, аудио- и кинопродукции, а также в иной продукции и распространение иными способами рекламы, которая оказывает неосознаваемое потребителем воздействие на его восприятие, в том числе путем использования специальных видеовставок (двойной звукозаписи). Очевидно, что рекламное воздействие— это информационное воздействие, но в данном случае речь идет о более широком воздействии, нежели только о скрытой рекламе, так как реклама призвана формировать или поддерживать интерес к физическим, юридическим лицам, товарам, идеям и начинаниям и способствовать реализации товаров, идей и начинаний. В гипотезе же статьи 13.15 КоАП РФ не говорится о характере и направленности воздействия, которое может как стимулировать, так и тормозить определенное поведение.
Учитывая вышеизложенное, в случае выявления скрытой рекламы более целесообразным является применение статьи 14.3 КоАП РФ, так как скрытая реклама является нарушением требований, предъявляемых к рекламе, т. е. выступает частным случаем ненадлежащей рекламы.
Вышеперечисленные нормы Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях устанавливают ответственность
так называемой первой группы, т. е. связанные с ненадлежащей рекламой и отказом от контррекламы. Наряду с этими нарушениями, имеют место нарушения установленного порядка управления при осуществлении рекламной деятельности.
Установленный порядок управления— это система политико-правовых институтов, обеспечивающих функционирование государственной власти25. Установленный порядок выступает родовым объектом административных правонарушений, изложенных в главе 19 КоАП РФ. В частности, разновидностью установленного порядка управления, т. е. видового объекта административной правоохраны, выступает установленный порядок осуществления контрольной (надзорной) деятельности уполномоченными субъектами в области рекламы. Кодексом РФ об административных правонарушени ях установлена административная

ответственность за ряд деяний, которые могут иметь место при осуществлении контроля (надзора) за исполнением законодательства о рекламе.
Так, частью 1 статьи 19.4 КоАП РФ предусмотрена ответственность за неповиновение законному распоряжению или требованию должностного лица органа, осуществляющего государственный надзор (контроль), а равно воспрепятствование осуществлению этим должностным лицом служебных обязанностей. Объективная сторона данного правонарушения может быть представлена в форме открытого отказа от исполнения либо иное умышленное неисполнение законного требования лица, осуществляющего контроль (надзор) за соблюдением законодательства о рекламе, о недопущении или прекращении административного правонарушения, т. е. это может быть как пассивное поведение правонарушителя, так и активное поведение, которое может выражаться в воспрепятствовании прохождению на определенную территорию или в помещение. Если оказываемое противодействие осуществляется в интенсивном режиме, то подобное деяние будет квалифицировано по статье 318 УК РФ как применение насилия в отношении представителя власти.
Одним из важных правомочий антимонопольного органа, его территориального органа при осуществлении контроля является дача предписаний о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, решений о контррекламе 26. В предписании о нарушении законодательства о рекламе устанавливается срок. К сожалению, этот вопрос детально не прописан. Так, в пункте 3.17 Порядка рассмотрения дел по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе указывается, что в предписании о прекращении нарушения законодательства о рекламе, решения об осуществлении контррекла мы должен быть установлен разумный срок его исполнения и представления необходимых доказательств об его исполнении. Обращают на себя внимание установленные размеры штрафных санкций за дан
ные правонарушения: на должностных лиц — в размере от сорока до пятидесяти минимальных размеров оплаты труда; на юридических лиц— от двух до пяти тысяч минимальных размеров от оплаты труда. Подобные размеры сопоставимы с теми, которые были заложены в пункте 3 статьи 31 ФЗ «О рекламе», где размер санкции также устанавливался до 5000 минимальных размеров оплаты труда.
Административная ответственность предусматривается также в случае непринятия по постановлению (представлению) органа (должностного лица), рассматривающего дело о нарушениях законодательства о рекламе, мер по устранению причин и условий, способствующих совершению административного правонарушения — статья 19.6 КоАП РФ. Может сложиться представление, что речь идет о дублировании части 2 статьи 19.5 КоАП РФ. Однако в данном случае речь идет о двух самостоятельных составах правонарушений. На основании части 1 статьи 29.13 КоАП РФ судья, орган, должностное лицо, рассматриваю щее дело об административном правонарушении, при установлении причин административного правонарушения и условий, способство вавших его совершению, вносят в соответствующие организации и соответствующим должностным лицам представление о принятии мер по устранению указанных причин и условий. Данную категорию дел рассматривают судьи, федеральный антимонопольный орган, его территориальные органы, органы, уполномоченные в области рынка ценных бумаг, которые по результатам рассмотрения дел о нарушении административного законодательства в области рекламы вносят представления. В случае непринятия мер по устранению причин и условий, способствующих совершению административных правонарушений в области рекламы, применяется статья 19.6 КоАП РФ, если дело рассматривается органами, уполномоченными в области рынка ценных бумаг, если судьей — статья 17.4 КоАП РФ.
Административной ответственности подлежат рекламодатели, рекламопроизводители, рекламораспространители в случае непредстав ления в федеральный антимонопольный орган, его территориальные органы ходатайств, заявлений, сведений (информации), предусмот ренных антимонопольным законодательством, либо представление заведомо недостоверных сведений (ст. 19.8 КоАП РФ). Наличие данной нормы является мощным средством предупреждения административ ных правонарушений в области рекламы и будет способствовать разрешению проблемы информационного обеспечения деятельности федерального антимонопольного органа, его территориальных органов.
Определенный интерес в части установления мер административ ной ответственности представляет зарубежный опыт. Так, Законом РБ «О рекламе» также предусматривается ответственность за нарушение законодательства о рекламе в статье 23. Ее анализ позволяет заклю

чить, что белорусский законодатель оказался более прагматичным и изначально не включил в конструкцию должной нормы конкретные юридические санкции, а указал в части 1 вышеназванной статьи, что юридические или физические лица (рекламодатели, рекламопроизво дители и рекламораспространители) несут ответственность за нарушение законодательства о рекламе в соответствии с законодательством Республики Беларусь. Так же, как и в ФЗ «О рекламе», предусматрива ется дифференцированная ответственность рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламораспространителя с учетом выполнения объективной стороны и степени вины. Другими словами, статья 23 Закона РБ «О рекламе» соответствует редакции статьи 31 ФЗ РФ «О рекламе» с учетом тех изменений, которые внесены ФЗ «О введении в действие Кодекса Российской Федерации об административных правонаруше ниях».

В Кодекс Республики Беларусь об административных правонару шениях после принятия Закона РБ «О рекламе» была внесена статья155-9 «Нарушение законодательства о рекламе», где предусмат ривается наложение штрафа в размере от десяти до пятидесяти минимальных заработных плат за нарушение рекламодателями, рекламопроизводителями и рекламораспространителями законодательства о рекламе, а также непредставление этими лицами информации либо представление заведомо ложной информации о распространяемой рекламе27 . Этот опыт следует отметить как положительный пример синхронной работы законодателей, подходящих к проблеме рекламы комплексно и сразу вносящих необходимые изменения в другие законодательные акты.

Проблемы уголовной ответственности за ненадлежащую рекламу

Общественная опасность заведомо ложной рекламы очевидна и находит повседневное практическое подтверждение. Наглядным примером этому служат сотни тысяч обманутых граждан, поверивших рекламным обращениям таких организаций, как «МММ», «Русский дом селенга», «Русская недвижимость», «Хопер-инвест» 28 и других.

Общественная опасность преступлений, связанных с использова нием заведомо ложной рекламы, обусловлена прежде всего их способностью причинять существенный вред интересам граждан (и в этой связи наибольшую опасность представляет заведомо ложная реклама услуг, связанных с использованием денежных средств и ценных бумаг), либо интересам предпринимателей и осуществляемой ими предпринимательской деятельности (недобросовестная конкуренция). Этими обстоятельствами и предопределяется необходимость установления уголовной ответственности за заведомо ложную рекламу, причинившую существенный вред правоохраняемым интересам.

Заведомо ложная реклама (ст. 182 УК РФ) — это новый состав преступления, которого не было в ранее действовавшем уголовном законодательстве России. По УК РСФСР 1960 года подобные действия могли влечь уголовную ответственность лишь при наличии в действиях лица признаков клеветы или должностного преступления 29.

Рассматриваемый состав является материальным 30, поскольку для признания данного общественно опасного деяния оконченным преступлением необходимо наступление общественно опасных последствий в виде причинения значительного ущерба отношениям, составляющим его объект. Вместе с тем, вопрос о признании причиненного ущерба значительным решается в каждом конкретном случае с учетом всех юридически значимых обстоятельств дела.

Объект преступления, предусмотренного статьей 182 УК РФ, определяется в юридической литературе неоднозначно. Одни авторы устанавливают его как общественные отношения, регулирующие добросовестную конкуренцию субъектов экономической деятельности 31, другие — как отношения, складывающиеся в связи с осуществлением нормальной предпринимательской деятельности и обеспечивающие добросовестность рекламы32 , третьи — как отношения добросовест ной конкуренции 33, четвертые — как отношения, обеспечивающие охрану установленного законом порядка поведения предпринимате лей на рынке34, пятые — как отношения, возникающие по поводу добросовестной конкуренции в области рекламирования экономичес кой деятельности 35. Наконец, встречается и такая трактовка, согласно которой объектом преступления признается добросовестная рекламная деятельность, которой причиняется вред36.

Нетрудно заметить, что в приведенных суждениях применительно к объекту преступления по-разному расставлены акценты. Один подход (наиболее распространенный) на первый план выводит охраняемые общественные отношения как фундаментальную социально-пра вовую ценность, второй подход (характерный

для последней точки зрения) подчеркивает интересы, которым причиняется вред, тем самым отождествляя объект с признаками последствий посягательства на него. В этой связи необходимо оговорить понимание автором термина «объект преступления» в каждом их этих аспектов 37.
В УК РФ 1996 года состав заведомо ложной рекламы (ст. 182) помещен в главу 22 «Преступления в сфере экономической деятельнос ти», которая находится в разделе VIII «Преступления в сфере экономики». Таким образом, родовым объектом заведомо ложной рекламы являются общественные отношения в сфере экономики, а видовым — отношения, складывающиеся в сфере экономической деятельнос ти. Непосредственным объектом, по нашему мнению, следует при знать отношения, обеспечивающие права потребителей на достоверную рекламную информацию в сфере экономической деятельности.
Традиционное понимание экономической деятельности сводится к деятельности в сфере производства по созданию общественного продукта, направленной на жизнеобеспечение общества и государства 38. Под потребителями понимаются лица (юридические или физические), до сведения которых доводится или может быть доведена реклама, следствием чего является или может являться соответствующее воздействие рекламы на них. Такое определение потребителей дается в статье 2 Закона «О рекламе». Следует подчеркнуть, что это понятие отличается от аналогичного, данного в Законе «О защите права потребителей» 39 и используемого для целей статьи 200 УК (обман потребителей).
В составе заведомо ложной рекламы можно выделить два дополнительных непосредственных объекта. Одним являются отношения по реализации материальных или экономических интересов потребите лей (их собственность), другим — отношения по реализации материальных интересов конкурентов (их упущенная выгода). Посягательство может объективно причинять или создавать угрозу причинения вреда множеству других благ: жизни или здоровью, чести, достоинству, деловой репутации и др. Однако все эти блага не являются непосредственным объектом в составе рассматриваемого преступления (ст. 182 УК). Здесь мы видим в известной степени аналогию с посягательства ми на жизнь или здоровье, причиняющими нередко и значительный ущерб экономической деятельности, которая, тем не менее, не является непосредственным объектом, например, убийства или умышленного причинения тяжкого вреда здоровью. Соответствующий отбор охраняемых благ в статьях УК может определяться соображениями юридической техники. Поэтому непосредствен ный объект всякий раз выявляется на основе толкования действующего уголовного закона40. Представляется, что заведомо ложная реклама не может непосредственно причинить вреда жизни или здоровью, так как в этом случае не будет необходимой причинной связи в уголовно-право вом значении. Вред будет наступать от товаров, продукции, работ или услуг, не отвечающих требованиям безопасности жизни или здоровья потребителей, и, соответственно, квалифицироваться по статье 238 УК.
Аргументом против непризнания нематериальных благ как непосредственного объекта заведомо ложной рекламы (ст. 182 УК) может служить название главы 22 УК, связанное с экономической деятельностью. Представляется, что по этой причине состав клеветы (ст. 129 УК) помещен законодателем в другую главу Уголовного кодекса.
Проблема объекта преступления неразрывна с проблемой его предмета. В отношении предмета преступления, предусмотренного статьей 182 УК, в юридической литературе высказаны самые разные мнения.
Одни авторы признают им заведомо ложную информацию 41, другие — материальные носители рекламы42 , третьи — денежные средства и иное имущество 43, четвертые — вообще отрицают его существование, так как признают нематериальную природу информации 44.
Нетрудно заметить, что приведенные выше суждения изначально различаются в вопросе возможности существования преступления без его предмета. Авторы не разделяют довольно распространенной точки зрения, согласно которой «преступление не существует... без предмета преступления» 45. Наша позиция сводится к пониманию под предметом преступления только вещи, поэтому мы полагаем, что предмета преступления в составе заведомо ложной рекламы нет. И в этой связи своего рода компромиссные позиции о признании таковым материальных носителей рекламы лишь вводят в заблуждение, создавая иллюзии об одинаковом правовом режиме информации и ее носителей. Щиты с рекламной информацией могут стать предметом хищения, но они не являются предметом

заведомо ложной рекламы. Таким образом, за спором о предмете преступления, предусмотренного статьей 182 УК, стоит дискуссия о том, могут ли им быть и нематериальные феномены.
Объективную сторону заведомо ложной рекламы составляют: деяние— использование в рекламе заведомо ложной информации, общественно опасные последствия — значительный ущерб, причинная связь.
В определении признаков объективной стороны состава заведомо ложной рекламы существуют определенные сложности. Прежде всего они обусловлены тем, что диспозиция нормы, предусмотренной в статье 182 УК РФ, является бланкетной. Именно это обстоятельство предопределяет, что отдельные признаки состава рассматриваемого преступления конкретизированы в иных правовых актах, в частности, в Федеральном законе «О рекламе». Объективная сторона преступления, предусмотренного статьей 182 УК, состоит «не в любом нарушении правовых предписаний нормативно-правовых актов о рекламной деятельности, а только в использовании в рекламе заведомо ложной информации относительно товаров, работ или услуг, а также их изготовите лей (исполнителей, продавцов), совершенном из корыстной заинтересованности и причинившем значительный ущерб»46.
Рассматриваемое преступление предполагает совершение двух взаимосвязанных действий: составление рекламного текста, в котором содержится ложная информация, и доведение этого текста до неопределенного круга лиц. Данное преступление не может быть совершено путем бездействия.
Остановимся теперь более подробно на содержании отдельных признаков объективной стороны рассматриваемого преступления. Начнем с деяния — использования в рекламе заведомо ложной информации. Прежде всего обращает на себя внимание неудачность такой редакции, с точки зрения Закона «О рекламе», в котором слова «реклама» и «рекламная информация» использованы как синонимы. В этом случае получится «использование в рекламной информации заведомо ложной информации...», что, с точки зрения русского языка, совершенно излишне. Кроме того, как было показано ранее, информация становится рекламной, если она имеет ряд необходимых, с точки зрения закона, признаков. Таким образом, нет никаких оснований противопоставлять информацию и рекламу, любая реклама всегда является информацией.
Содержанием заведомо ложной рекламы может быть информация только относительно товаров, работ или услуг, а также их изготовите лей (исполнителей, продавцов). Следовательно, можно сделать вывод, что статья 182 УК не распространяется на такие виды рекламы, как социальная и политическая. Она может применяться только по отношению к коммерческой рекламе.
Наконец, встает вопрос, какой обман необходим для квалифика ции по статье 182 УК? Обман в юридической литературе определяется как «сознательное искажение истины (активный обман) или умолчание об истине, состоящее в сокрытии фактов или обстоятельств... (пассивный обман)»47. Представляется, что статья 182 УК охватывает преимущественно активный обман48, об этом говорят слова о заведомо ложной информации, под которой следует понимать не соответствую щие действительности сведения. Некоторые авторы 49 необоснованно ссылаются на статью 9 Закона «О рекламе», где заведомо ложная реклама определяется как умышленно вводящая в заблуждение. Представляется, что это расширительное толкование статьи 182 УК, в которой термин «заведомо ложная реклама» определен отличным от Закона «Орекламе» образом. Здесь мы имеем дело с ситуацией, когда гражданско-правовое понятие используется в уголовно-правовой норме, меняя свое значение 50.
Думается, эта небрежность законодателя должна быть устранена, но привлечение в настоящее время к уголовной ответственности за буквально правдивую рекламу, вводящую в заблуждение отсутствием существенной информации, невозможно, кроме случаев, когда законодательство возлагает обязанность сообщать определенные сведения в рекламе.
Проблема деяния неразрывна с проблемой общественно опасных последствий. Понятие значительного ущерба является оценочным, т. е. определяется с учетом фактических размеров причиненного вреда и имущественного положения потерпевшей стороны. Интересно отметить, что впервые о необходимости введения уголовной ответственно сти за нарушение законодательства о рекламе в Российской Федерации задумались при принятии Федерального закона «О рекламе» и

закрепили в нем положение, согласно которому «заведомо ложная реклама, совершенная с целью получения прибыли (дохода) и причинившая существенный ущерб государственным или общественным интересам либо охраняемым законом правам и интересам граждан, влечет уголовную ответственность».
Обращает на себя внимание тот факт, что если в Законе «О рекламе» используется такое понятие, как «существенный вред», то в УК оно интерпретируется как «значительный ущерб». В теории гражданского права имущественный вред нередко именуется ущербом51 . Соотношение между вредом и ущербом в науке уголовного права менее бесспорно 52. Кроме того, следует отметить, что в главе 22 УК, посвященной преступлениям в сфере экономической деятельности, используется как понятие «крупный ущерб» (ст. 169, 171—173, 176, 180, 183, 185, 195—197), так и понятие «значительный ущерб» (ст. 182), причем без каких-либо видимых причин для подобных различий.
В ряде работ было высказано даже суждение, что это противоречит правилам законодательной техники53 . Думается, что с такой оценкой отчасти можно согласиться, подход законодателя действительно не совсем понятен. Вместе с тем, нельзя приветствовать нежелание разобраться в соотношении терминов «значительный» — «крупный», коль скоро было выявлено упомянутое противоречие. Логичным было бы попытаться его устранить (например, заменив «значительный» на «крупный») или объяснить.
Таким образом, необходимо выяснить, является ли использование термина «значительный» в статье 182 УК небрежностью законодателя, или оно все-таки имеет под собой какую-то логическую основу. Для результативности нашего анализа следует начать с определения количественного соотношения между терминами «значительный» и «крупный» в уголовном законодательстве. Помочь нам в этом может примечание к статье 200 УК, согласно которому «обманом потребителей в значительном размере признается обман, причинивший потребите лям ущерб в сумме, превышающей одну десятую часть минимального размера оплаты труда, в крупном размере — в сумме не менее одного минимального размера оплаты труда». Таким образом, получается, что соотношение между понятиями «значительный» и «крупный» разнится в десять раз, первый количественно меньше второго. Точно такое же соотношение мы получим, если проанализируем статью 260 УК (Незаконная порубка деревьев и кустарников).
Представляется, что на характер общественной опасности преступлений в сфере экономической деятельности влияет прежде всего ценность объекта уголовно-правовой охраны. В связи с этим можно высказать предположение, что ценность объекта уголовно-правовой охраны, предусмотренного статьей 182 УК, находится между интересами
потребителей, отраженными в статье 200 УК, и интересами конкуренции и законной предпринимательской деятельности, отраженны ми в целом ряде других статей главы 22 УК. Это следует из системати ческого толкования как диспозиций, так и санкций уголовно-право вых норм, закрепленных в данной главе.
Если взять в качестве отправной точки посыл о том, что составы преступлений главы 22 УК примерно одинаково общественно опасны, с точки зрения законодателя, о чем можно судить по их санкциям, то получится, что интересы граждан-потребителей оценены законодателем в наибольшей степени, так как они подлежат уголовно-правовой защите при весьма несущественном размере ущерба (одна десятая минимального размера оплаты труда). Это вполне оправданно, так как потребитель является экономически более слабой стороной договорных отношений. В то же время, когда речь идет об интересах предпринимательской деятельности в целом, для уголовно-правовой защиты требуется ущерб, составляющий более двухсот минимальных оплат труда, определяемый как крупный. Конечно, крупный размер и крупный ущерб — понятия несколько различные в смысле использования в уголовном законодательстве, первое употребляется применительно к доходу. Однако известную аналогию между ними провести можно, тем более, что состав, например незаконного предпринимательства (ст. 171 УК), сконструирован с использованием и крупного ущерба, и дохода в крупном размере.
Таким образом, вышеизложенное позволяет подтвердить предположение о том, что объекты уголовно-правовой охраны, предусмот ренные в статьях 200, 182 УК РФ и других, отличаются между собой по ценности, причем весьма существенно. Права граждан-потребите лей и интересы предпринимательской деятельности в целом являются своеобразными полюсами, между которыми находятся права на

достоверную рекламную информацию, принадлежащие как отдельным гражданам, так и представителям предпринимательского сообщества. В этой связи нам представляется использование оценочного понятия «значительный ущерб» в статье 182 УК совершенно логичным, это своего рода попытка соотнести общественную опасность посягательств, перечисленных в главе 22 УК, с различными объектами уголовно-правовой охраны через разный размер ущерба.
Исторически законодательство развивалось от казуистических приемов к абстрактному, обобщенному описанию уголовно-правовых норм. Вводя в норму уголовного права абстрактное содержание, законодатель стремился с возможной полнотой охватить всю сферу регулируе мых отношений для того, чтобы в конкретном случае правопримене ния максимально учесть фактические обстоятельства уголовного дела. Такой законодательный «маневр» вполне оправдан, и в настоящее время
его следует признать весьма актуальным применительно к уголовно-правовым признакам, содержание которых зависит от перманентного изменения социальных обстоятельств 54. Автор вполне разделяет высказанное выше суждение, и по отношению к конкретизации размера значительного ущерба в составе заведомо ложной рекламы занимает негативную позицию, так как его жесткая фиксация может войти в противоречие с быстро меняющейся социальной действительностью. Постоянное изменение уголовного закона вслед за меняющимися реалиями не может служить выходом, так как это будет нарушать принцип стабильности, важный с точки зрения уголовно-правовой политики и превенции.
В этой связи интересно отметить, что значительность ущерба, предусмотренного статьей 182 УК, в юридической литературе толкуют и как 500 минимальных размеров оплаты труда55 (имея в виду только крупный размер для предпринимательской деятельности), и как диапазон от одной десятой до одного минимального размера оплаты труда56 (имея в виду разницу между значительным и крупным размером только для граждан-потребителей). Представляется, что оба обозначенных подхода игнорируют специфику статьи 182 УК, рассматривая ее либо только в контексте предпринимательской деятельности, либо только в контексте защиты граждан-потребителей. Профессор С.В.Максимов называет без достаточной аргументации статью 182 УК специальной по отношению к статье 200 УК (Обман потребителей) 57. Подобный неточный вывод, на котором мы еще остановимся подробно, уже приводит к недостаточно продуманным предложениям некоторых авторов58 дать законодательное определение значительного ущерба по этим рекомендациям.
У заведомо ложной рекламы достаточно много общих черт с мошенничеством (ст. 159 УК), а также обманом потребителей (ст. 200 УК). Реклама может служить способом введения потребителей в заблуждение или способом хищения чужого имущества. Какой в этих случаях должна быть квалификация? В юридической литературе на этот счет высказаны самые разные суждения. Кроме упоминавшейся позиции С.В. Максимова, считающего статью 182 УК специальной по отношению к статье 200 УК, существует мнение Н.А. Лопашенко, полагающей, что возможна идеальная совокупность заведомо ложной рекламы и мошенничества, так как заведомо ложная реклама может служить способом хищения путем мошенничества. В этом случае, как полагает Н.А. Лопашенко, необходимо одновременное вменение статей 159 и 182 УК59. Такая позиция выглядит вполне логичной в контексте признания основным непосредствен ным объектом заведомо ложной рекламы отношений добросовестной конкуренции, а с этим мы не согласны.
В. Лимонов, не полностью разделяя взгляды Н.А. Лопашенко, полагает, что в случаях, когда заведомо ложная реклама служит способом хищения путем мошенничества, имеет место не идеальная совокупность преступлений, а конкуренция части и целого по объективной стороне60 , где частью является способ в виде заведомо ложной рекламы, а целым — хищение путем мошенничества. Целое — более полная норма, содержащаяся в статье 159 УК, — полностью охватывает часть, содержащуюся в менее полной норме — статье 182 УК. Причем более полная норма строже менее полной61.
Такое решение нам представляется правильным 62. Действительно практика знает случаи, когда реклама служит лишь способом совершения хищения. Возьмем реальный пример, имевший место в Германии. Один гражданин из Гамбурга напечатал в нескольких газетах и журналах один и тот же текст. Он предлагал женщинам решить проблему бесплодия. За 500 марок (около 7 тыс. руб.) он обещал выслать по почте капсулу с законсервированной донорской спермой, проверенной и качественной. Это, по подсчетам следователей, привлекло около

тысячи несчастных женщин. Каждой из них после получения денежного перевода пришла от «доктора» бандероль. В ней — пузырек с мутной белой жидкостью, приспособление для введения драгоценного «консерванта», сильно смахивающее на воронку, плюс инструкция. Пациенткам предлагалось стать матерью, приняв простую гимнастическую позу «березка». Мошенник был вычислен полицией и задержан. Как показала экспертиза, вещество в пробирке было банальным моющим средством 63. Думается, что в Российской Федерации не возникло бы никаких проблем на практике с квалификацией данного примера по пункту «б» части 3 статьи 159 УК (мошенничество, совершенное в крупном размере). Статья 182 УК предусматривает лишь значительный ущерб.

Сложнее обстоит дело с конкуренцией заведомо ложной рекламы и мошенничества, совершенного с причинением значительного ущерба гражданину (п. «г» ч. 2 ст. 159 УК). Поверхностное сравнение только диспозиций указанных норм может привести к выводу о наличии в составе заведомо ложной рекламы дополнительного признака — направленности на неопределенный круг лиц, что превратит статью 182 УК в данной ситуации в специальный состав по отношению к части 2 статьи 159 УК. Странно при этом будет выглядеть лишь соотношение санкций этих составов, ведь вряд ли законодатель хотел смягчить наказание за деяние, обладающее таким признаком, логичнее было бы поступить наоборот.

Некоторые практические работники нередко заменяют все правила конкуренции одним, казалось бы, весьма удобным положением: нужно, по их мнению, применять всегда ту норму, которая предус
матривает более строгое наказание 64. Проблема большой разности в санкциях между частью 2 статьи 159 и статьи 182 УК может вообще остаться незамеченной в случаях, когда речь идет о масштабной деятельности, где, например, выявлены более семидесяти эпизодов мошенничества по части 2 статьи 159 УК и четыре эпизода заведомо ложной рекламы. Кроме этого, присутствуют составы незаконного предпринимательства и нарушения смежных прав.

Именно так все и произошло в поселке им. Горького города Волгограда. Гражданин К. установил антенну, позволявшую принимать и ретранслировать сигналы уже существующей телевизионной кабельной сети. Не имея ни регистрации, ни специального разрешения (лицензии) он собирал деньги с населения за предоставление услуг по трансляции многочисленных кабельных каналов, расценивая их как полагавшуюся ему плату за обслуживание. Четверых граждан он «обслужил», зная о том, что технически уже не может осуществлять трансляцию каналов, получив с троих из них по 120 рублей и с одного — 500 рублей (разница объясняется разным сроком предполагавшегося обслуживания). Данные граждане обратились к нему из-за того, что увидели объявления, развешенные на их подъездах, а также в фойе Дома офицеров, где К. работал радиомонтером. Никаких письменных договоров с гражданами не заключалось, они не осознавали факта незаконности всего происходящего, сами желали подключиться к кабельным каналам. Следствие квалифицировало действия К. по четырем статьям: часть 2 статьи 146 (Нарушение авторских и смежных прав), пункты «б», «г» части 2 статьи 159 (Мошенничество), пункт «б» части2 статьи 171 (Незаконное предпринимательство) и статья 182 (Заведомо ложная реклама)65
.

Нельзя согласиться с квалификацией по статье 182 УК, так как конкуренция части и целого здесь должна решаться в пользу мошенничества 66. Это дело интересно еще и тем, что К. категорически отрицал как факт рекламы (рассматривая свои объявления как сугубо информационные), так и факт ложности (речь в объявлениях шла лишь о необходимости подойти в Дом офицеров по поводу заключения договоров на обслуживание системы кабельного телевидения). Думается, что реклама все-таки в его действиях была, так как способствование реализации услуг налицо. Заведомую же ложность в материалах дела обнаружить не удалось, никаких утверждений о том, что он является представителем известной в городе сети, чьи сигналы он ретрансли ровал, К. не делал. Образцов объявлений в деле нет, свидетели помнят лишь наличие объявлений, на которые они откликнулись.

В данных обстоятельствах, на наш взгляд, произошло ошибочное вменение статьи 182 УК, скорее по инерции, как нормы, ничего не меняющей в данном деле (ее санкция мягче всех других). Этот случай
лишний раз показал сложность выявления конкуренции норм как части и целого.

Аналогичная ситуация имела место в городе Батайске Ростовской области, где три гражданина совершали мошеннические действия с помощью заведомо ложной

рекламы. Они предлагали организациям товар (которого у них не было и не могло быть), получали предоплату, обналичивали ее и скрывались. Подобная схема ими применялась многократно. Рассылаемая реклама не требует здесь квалификации по статье 182 УК, из-за конкуренции норм как части и целого достаточно вменения части 3 статьи 159 УК (Мошенничество) 67.
Таким образом, наша позиция сводится к необходимости квалификации действий виновных, использующих заведомо ложную рекламу в качестве способа совершения хищения, только по статье 159 УК. Ситуации конкуренции части и целого в мошенничестве с использованием рекламы довольно реальны. Возможность идеальной совокупности этих составов авторы отрицают.
Весьма любопытна конкуренция заведомо ложной рекламы с обманом потребителей. На наш взгляд, здесь опять будет конкуренция части и целого. Телевизионная реклама индивидуального предприни мателя, приведшая к тому, что потребитель купил товар в его магазине по более высокой цене, чем у конкурентов, должна квалифициро ваться только по статье 182 УК (разумеется, лишь при наличии значительного ущерба для потребителя). Однако в случаях заведомо ложной рекламы в торговом зале магазина должна применяться лишь статья 200 УК (определяющим здесь является место совершения преступле ния, так как именно в магазине потребитель оплачивает покупку под влиянием рекламы). Поэтому мы не считаем возможным говорить о том, что статья 182 УК является специальной по отношению к статье 200 УК, как делают некоторые авторы68 без каких-либо уточнений при этом. Тезис о том, что заведомо ложная реклама является самостоятельной формой обмана потребителя еще ничего не подтверждает и не опровергает. И уж, конечно, никак нельзя согласиться с выводом о том, что заведомо ложная реклама, причинившая потребителю материальный ущерб в сумме, превышающей один минимальный размер оплаты труда, требует квалификации как по статье 182 УК, так и по части 2 статьи 200 УК69. Мы видим здесь серьезное внутреннее противоречие (признание идеальной совокупности и одновременно конкуренции общей и специальной норм).
Достаточно спорным является вопрос о возможности причинения вреда жизни и здоровью потребителей в результате заведомо ложной рекламы70 . Н.А. Лопашенко, положительно отвечающая на этот вопрос, ссылается на данные, озвученные на слушаниях в Судебной палате по информационным спорам при Президенте России, согласно
которым в стране ежегодно умирает сто тысяч онкологических больных, поверивших в возможность излечения экстрасенсами и отказавшихся от нормальной медицинской помощи71. Думается, что в приведенном примере причина смерти в большей степени обусловлена естественным ходом болезни (развитием опухоли), вследствие чего не будет необходимой причинной связи в уголовно-правовом смысле между распространением рекламы и наступившей смертью72 .
Кроме того, в приведенном примере обращает на себя внимание смешение ненадлежащей и заведомо ложной рекламы. Аналогичное отождествление типично и для рекламы «финансовых пирамид», когда между агрессивной и заведомо ложной рекламой не видят никакой разницы. Позиция авторов сводится к тому, что негативный результат от рекламы финансовых услуг был во многом достигнут из-за слепой веры средствам массовой информации, не изжитой многими до сих пор, и объема рекламы.
В этом случае, скорее, надо обвинять Уголовный кодекс не за отсутствие в нем состава заведомо ложной рекламы, а за нерешенность проблемы незаконной банковской деятельности (выражаясь языком сегодняшнего УК). Даже появление в 1993 году статьи 1624 в УК 1960 года о незаконном предпринимательстве не сопровождалось введением аналогичной нормы в административное законодательство, и это при том, что привлечение к уголовной ответственности за указанные действия возможно было лишь после наложения администра тивного взыскания за такие же нарушения. Статья 1624 УК 1960 года могла бы, по мнению П.С. Яни, успешно применяться при невозможности квалификации как мошенничества действий работников различных фирм, вроде «МММ», «торгующих деньгами», т. е. осуществляющих один из видов банковской деятельности без специального разрешения 73.
Таким образом, можно говорить о связи между объемом рекламы в электронных СМИ и наступившими последствиями для граждан. Но это вряд ли требует введения в УК новых составов, связанных с рекламной деятельностью 74. Определение допустимой повторяемости одного и того же ролика на определенной частоте вещания и предельно го объема рекламы — это задачи не уголовного

законодательства, а проблемы совсем других отраслей знания, поэтому решать их уголовно-правовыми средствами было бы ошибочно.
Субъективная сторона данного преступления характеризуется прямым умыслом к факту ложности информации. Об этом говорит термин «заведомо», который относится к факту сознания ложности используе мой в рекламе информации. Но в материальных составах преступлений указание на «заведомость» в отношении признаков общественно опасного деяния еще не позволяет определить форму и вид вины в целом.
По отношению же к последствиям заведомо ложной рекламы умысел может быть как прямым, так и косвенным. Кроме того, обязательным признаком субъективной стороны данного преступления является мотив, сформулированный в законе как корыстная заинтересованность 75.
В юридической литературе высказана точка зрения о том, что наличие иной (некорыстной) заинтересованности как мотива заведомо ложной рекламы будет говорить о необходимости квалификации содеянного по статье 165 УК (Причинение имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием) в случае, если последствием такой рекламы стало причинение имущественного ущерба76. С этим выводом согласиться трудно. Данное преступление предусматривает причинение имущественного ущерба не в виде прямых убытков, а в виде упущенной выгоды. Следовательно, оно невозможно в отношении потребителей, которым причиняются прямые убытки заведомо ложной рекламой, невозможно оно и в отношении конкурента, так как обманутое и потерпевшее лицо должны совпадать. Таким образом, представляется, что нельзя говорить о наличии состава статьи 165 УК, когда мы имеем дело с заведомо ложной рекламой. Если нет состава заведомо ложной рекламы, то квалификация может быть либо по статье 201 (Злоупотребление полномочиями), либо по статье 285 (Злоупотребление должностными полномочиями), которые выступают по отношению к статье 182 в качестве общих норм.
Завершая анализ субъективной стороны, следует отметить, что статья 182 является единственным примером во всем УК, когда корыстная заинтересованность закреплена в качестве обязательного и единственного признака, характеризующего мотив. В остальных случаях корыстная заинтересованность сочетается с признаком «иная личная заинтересованность», что указывает на более широкий спектр мотивов совершения соответствующих преступлений (например, ст. 137, 170, 181, ч. 2 ст. 183, 285, 292, 325 УК), либо речь идет о корыстной цели (ст. 158—164 УК) или корыстных побуждениях (ч. 2 ст. 105, ч. 2 ст.126, 153, 154, ч. 2 ст. 206, 245 УК). В этой связи весьма целесообразно дополнить «корыстную заинтересованность» в составе заведомо ложной рекламы «иной личной заинтересованностью».
Интервьюирование работников рекламных служб показало, что во многих случаях причиной сознательного нарушения законодательства о рекламе является преследование иных целей, например, получение выгоды для других лиц (своих руководителей), упрочение собственно го авторитета внутри организации как умелого работника, стремление перейти на более спокойную работу внутри организации после успешно проведенной рекламной кампании без какого-либо повышения зарплаты или даже с небольшим ее уменьшением (от оплаты «оклад плюс проценты» к фиксированному окладу, который может быть и меньше нестабильного заработка, зависящего от количества привлеченных рекламодателей).
Интересно отметить, что к похожим выводам, пришел Н.В.Воронин, предлагающий исключить из текста диспозиции статьи 182 УК слова «...совершенное из корыстной заинтересованности и...»77. Это предложение аргументировано необоснованным сужением сферы применения статьи о заведомо ложной рекламе. Выводы Н.В. Воронина основаны на обобщении судебной практики по 325 уголовным делам, предусмотренным, в частности, статьями 182, 200, 242 УК, и 76 отказным материалам по линии органов внутренних дел, касающихся вопросов нарушения рекламного законодательства 78. Представляется, что необоснованное сужение сферы применения статьи о заведомо ложной рекламе целесообразнее исправлять расширением мотивов совершения преступления, а не полным их устранением.
Субъектом преступления, предусмотренного статьей 182 УК, является физическое вменяемое лицо, достигшее 16-летнего возраста. Вероятно, что чаще всего им будут являться лица, осуществляющие управленческие функции в коммерческих и других организациях (перечисленные в примечании к статье 201 УК), реже — индивидуальные предприниматели и отдельные граждане, не имеющие этого

статуса, и единичны будут, пожалуй, случаи, когда субъектом преступления станут должностные лица (перечисленные в примечании к статье 285 УК).
В юридической литературе довольно часто можно встретить суждение о том, что субъектом преступления по статье 182 УК выступают рекламодатели, рекламопроизводители и рекламораспространители 79. В то же время довольно распространенной является позиция, согласно которой субъектом рассматриваемого преступления может быть только рекламодатель 80. Конечно, можно согласиться с тем, что если лица, выступившие в качестве рекламопроизводителей и рекламораспрост ранителей, находясь в сговоре с рекламодателем, осознавали заведомую ложность содержащейся в рекламе информации, то они являются соучастниками данного преступления 81. Однако представляется необходимым подробно остановиться на споре о субъекте в составе заведомо ложной рекламы, который начинает носить характер принципиального.
Согласно статье 30 Закона «О рекламе», ответственность за содержание информации, предоставляемой для создания рекламы, несет рекламодатель — юридическое или физическое лицо, являющееся источником рекламной информации для производства, размещения и последующего распространения рекламы (ст. 2 Закона). Рекламопроиз водитель, по общему правилу, несет ответственность лишь в части оформления, производства и подготовки рекламы, а рекламораспростра нитель — в части, касающейся времени, места и средств размещения рекламы. Именно на этом основана позиция сторонников так называемого «узкого» подхода к определению субъекта в составе заведомо ложной рекламы.
Их оппоненты обращают внимание на оговорку, содержащуюся в статье 30 Закона «О рекламе», о том, что за содержание рекламы могут отвечать в ряде случаев при доказанности их вины и рекламопроиз водитель, и рекламораспространитель. На первый взгляд эта позиция вроде бы выглядит убедительнее. Частичное тому подтверждение можно найти в статье 2 Закона «О рекламе», где рекламопроизводитель определен как юридическое или физическое лицо, осуществляющее полное или частичное приведение рекламной информации к готовой для распространения форме, т. е. как лицо, могущее быть причастным к содержанию информации, внесению в конечную рекламу чего-то нового. Практика знает примеры, когда рекламное агентство стимулируется заказчиком посредством предоставления ему вознаграждения в процентном отношении от увеличения сбыта товаров за эффективную рекламу82 . Таким образом, не является совсем уж гипотетической ситуация, когда отдельные руководители рекламопроизводителя могут стать субъектом преступления за внесение заведомой ложности в достоверную информацию, предоставленную заказчиком-рекламодателем, который при этом вообще не будет нести никакой ответственности.
Сложнее обстоит дело с рекламораспространителем, который в статье 2 Закона «О рекламе» определяется как юридическое или физическое лицо, осуществляющее размещение и (или) распространение рекламной информации путем предоставления и (или) использова ния имущества, в том числе технических средств радиовещания, телевизионного вещания, а также каналов связи, эфирного времени, и иными способами. Представляется, что из этого определения можно сделать вывод о полной непричастности рекламораспространителя к содержанию информации, а следовательно, неудачности редакции статьи 30 Закона «О рекламе». Если он все-таки привносит что-то в рекламу (например, убирая часть текста, что меняет смысл), это превращает его в рекламопроизводителя.
Таким образом, наша позиция по субъекту рассматриваемого преступления сводится к тому, что им может быть только рекламодатель или рекламопроизводитель. При этом мы, конечно, не отрицаем того факта, что рекламопроизводитель и рекламораспространитель могут совпадать в одном лице, что является характерным для современной предпринимательской деятельности. Средства массовой информации развивают свою рекламную службу, чтобы предоставить рекламодате лям весь спектр услуг, а рекламные агентства стремятся диверсифици ровать свой бизнес, уходя от «чистого» производства рекламы к приобретению стационарных щитов, дополнительно на этом зарабатывая (в этом случае им не надо искать рекламораспространителя, они обходятся своими силами).
К сфере рекламной деятельности может быть применима также статья 242 УК, охватывающая рекламирование порнографических материалов или предметов. Этот состав создан, в первую очередь, в расчете на рекламораспространителей. Важно подчеркнуть, что уголовная ответственность будет наступать и за достоверную

порнографическую рекламу. Не требуется здесь и какой-либо корыстной заинтересован ности или значительного ущерба. Этот состав не связан напрямую с конкуренцией в предпринимательской деятельности или защитой потребителей, а посвящен борьбе с порнографией в целом. Проблемы порнографии выходят за пределы настоящей диссертации, им посвящены отдельные исследования 83.
Возвращаясь к субъекту преступления, предусмотренного статьей182 УК, следует остановиться на достаточно важном вопросе о возможности привлечения к уголовной ответственности физических лиц за заведомо ложные объявления, не связанные с предприниматель ской деятельностью. Эта проблема как-то выпала из поля зрения исследователей, рассматривавших статью 182 УК. Речь идет о ситуациях единичной продажи автомашин, а иногда квартир или даже домов, причиняющих из-за заведомой ложности предоставляемой в объявлении информации значительный ущерб. При этом отсутствует признак систематичности, дающей право говорить о предпринимательской деятельности в смысле гражданского законодательства. Можно ли таких лиц привлекать к ответственности по статье 182 УК?
Представляется, что ответ должен быть положительным. Проблема заключается в пункте 5 статьи 1 Закона «О рекламе», где говорится о том, что данный закон не распространяется на объявления физических лиц, в том числе в средствах массовой информации, не связанные с осуществлением предпринимательской деятельности. Можно сделать неверный вывод о том, что термин «реклама» применяется только к информации, связанной с предпринимательской деятельностью. Здесь мы имеем дело с пробелами в правовом регулировании, и хотя в настоящее время от физических лиц нельзя требовать указания о сертификации их товаров в объявлениях, не связанных с предприниматель ской деятельностью, эти граждане могут подлежать уголовной ответственности по статье 182 УК, так как термин «реклама» к ним вполне применим. Ранее мы высказывали свое отношение к целесообразности изменения Закона «О рекламе» в этой части. Здесь же отметим, что общественная опасность подобных объявлений не зависит от систематичности деятельности их субъектов. В противном случае надо будет признать, что серия объявлений о продаже одного и того же автомобиля менее опасна, чем единичное объявление зарегистрированного предпринимателя. Для того чтобы снять всякие сомнения в вопросе о субъекте в составе заведомо ложной рекламы, необходимо редакцион ное уточнение статьи 182 УК. С учетом всех ранее высказанных замечаний предлагается следующее ее содержание:
Статья 182. Заведомо ложная реклама
Использование рекламы или иной заведомо ложной информации относительно товаров, работ или услуг, а также их изготовителей (исполнителей, продавцов), совершенное из корыстной или иной личной заинтересованности и причинившее значительный ущерб, —
наказывается штрафом в размере от двухсот до пятисот минимальных размеров оплаты труда или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от двух до пяти месяцев, либо обязательными работами на срок от ста восьмидесяти до двухсот сорока часов, либо арестом на срок от трех до шести месяцев, либо лишением свободы на срок до двух лет.
Выявленные в ходе исследования проблемы, снижающие эффективность применения статьи о заведомо ложной рекламе, убеждают в целесообразности дальнейшего совершенствования диспозиции статьи 182 УК.
Исследование рекламного законодательства дает основание говорить о том, что произошло сужение сферы уголовной ответственности за ненадлежащую рекламу (предложенной разработчиками Закона «Орекламе») до уголовной ответственности только за заведомо ложную рекламу (повторность после наложения административного взыскания осталась законодателем невостребованной) 84.
Следует отметить, что в России уголовная ответственность установлена не только за заведомо ложную рекламу, но и за другие преступления в этой сфере, например, за рекламу порнографических материалов или предметов.
Кроме того, в форме политической рекламы может осуществлять ся возбуждение национальной, расовой или религиозной вражды (ст.282 УК) или нарушение неприкосновенности частной жизни (ст.137 УК), искаженная социальная реклама может стать причиной привлечения к уголовной ответственности по статье 237 УК (Сокрытие информации об обстоятельствах, создающих опасность для жизни или здоровья людей). Использование чужих товарных знаков в рекламе, оформлении торгового зала магазина должно квалифицироваться только по статье 180 УК, так

как все это частные примеры возможного использования товарных знаков85.
Использование в рекламе заведомо ложных сведений, порочащих честь и достоинство конкурента или подрывающих его репутацию, совершенное из корыстной заинтересован ности и причинившее значительный ущерб, должно квалифицироваться только по статье 182 УК, так как состав клеветы (ст. 129 УК) не требу
ет корыстной заинтересованности и значительного ущерба, а потому является менее полным.
Отдельными учеными ставится вопрос о расширении оснований уголовной ответственности применительно к рекламе (так, например, предлагаются, помимо заведомо ложной, составы заведомо агрессивной, заведомо скрытой, заведомо неэтичной, заведомо недобросовест ной и заведомо ненадлежащей политической рекламы)86 . Позиция Н.В.Воронина, предлагающего введение этих пяти новых составов и по сути криминализирующего всю заведомо ненадлежащую рекламу, причиняющую значительный ущерб, осталась нам не до конца ясной. В частности, не объясняется, почему это нельзя было сделать в форме единственной статьи «Заведомо ненадлежащая реклама», охватившей бы и состав заведомо ложной рекламы.
Кроме того, представляется весьма спорным предлагаемое указанным автором довольно значительное расширение уголовного преследования в ситуации, когда до конца не использованными остались меры административной ответственности. Дело в том, что в настоящее время в силу технико-юридических причин, рассмотренных ранее, административная ответственность невозможна за сам факт ненадлежа щей рекламы, наказывается лишь неисполнение предписаний о снятии рекламы, отказ от контррекламы и непредставление запрошенной информации. Таким образом, за гражданско-правовой фактически сразу следует уголовная ответственность. В новом же Кодексе об административных правонарушениях, вступающем в силу с 1 июля 2002 года, появляется состав ненадлежащей рекламы, тем самым снимаются основные трудности правоприменителей относительно борьбы с ненадлежащей рекламой.
В юридической литературе некоторыми исследователями предлагалось ввести дополнительные квалифицирующие признаки в статье 182 УК. Так, например, отдельными авторами высказывалось предложение дополнить статью 182 УК частью 2 в следующей редакции: «Те же деяния, совершенные:
а) группой лиц по предварительному сговору;
б) неоднократно;
в) лицом с использованием своего служебного положения» 87.
К сожалению, каких-либо аргументов в пользу введения этих квалифицирующих признаков авторами не приводится. Думается, что подобные предложения нуждаются в серьезном обосновании. Наша позиция сводится к тому, что эта мера пока преждевременна, особенно с учетом проходящей реформы административного законодательства. Представляется, что говорить об установлении уголовно-правовой санкции можно лишь при исчерпании других мер публично-правового воз действия. Думается, что это делать пока рано, так как административ но-правовые механизмы используются еще не в полной мере.
Кроме того, правоприменительная практика весьма невелика в масштабах России (в 1999 г. зарегистрировано 49, а в 2000 г. — 98 преступлений, предусмотренных ст. 182 УК) и сильно разбросана по регионам, что объективно затрудняет ее обобщение (например, в Волгоградской области зафиксирован первый случай направления дела в суд по ст. 182 УК только в 2001 г.). Еще менее значительна судебная практика применения статьи 182 УК. Так, в период с 1997 года по 1999 год включительно ежегодно осуждалось от одного до пяти человек за заведомо ложную рекламу88 .
Представляется, что немногочисленность судебной практики — вещь объективная (ст. 182 УК редко применяется из-за конкуренции с другими нормами). Учитывать надо и неверное вменение статьи 182 УК следственными органами, которое, например, было выявлено нами. Таким образом, думается, что состав заведомо ложной рекламы в настоящей редакции не станет достаточно распространенным в России в обозримом будущем. Его назначение сегодня, в основном, — это защита конкурентов от упущенной выгоды и потребителей от переплат за товары, работы, услуги. Другие статьи УК в настоящее время компенсируют подобное положение дел.