

Дорогова Е.В.

СООТНОШЕНИЕ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ И НЕНАДЛЕЖАЩЕЙ РЕКЛАМЫ

В юридической литературе вопрос разграничения составов недобросовестной конкуренции и ненадлежащей рекламы является неоднозначным. Спорные моменты возникают и при попытке соотнести эти явления друг с другом, и при определении соотношения норм о недобросовестной конкуренции и ненадлежащей рекламе.

Ключевые слова: реклама, конкуренция, антимонопольное законодательство, права потребителей.

Необходимость выяснения соотношения недобросовестной конкуренции и ненадлежащей рекламы порождаются тем, что цели правового регулирования законодательств о конкуренции и о рекламе пересекаются. Последняя рассматривается как средство продвижения товаров, работ и услуг на общий рынок Российской Федерации и, следовательно, призвана содействовать формированию единого экономического пространства. В этом смысле законодательство о рекламе устанавливает такие нормы, которые, в силу их характера и значения для формирования свободных рыночных отношений, относятся к правовым основам единого рынка. Целям обеспечения единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, защите конкуренции служит и законодательство о конкуренции. Также необходимость разграничения можно объяснить и тем, что спорные моменты возникают и на практике. Так, например, в 2011 г. ООО «Нестле Россия» (далее – Истец) обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с требованием о признании рекламы бульона-желе «Knorr (КНОРР) Душаобеда», распространяемой ООО «Юнилевер Русь» (далее – Ответчик), ненадлежащей по смыслу Федерального Закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» и о запрете ее распространения. Основанием такого обращения послужило использование в указанной рекламе слогана «Knorr (КНОРР). Настоящий вкус. Никакой магии», в которой истец усмотрел некорректное сравнение с производимой и реализуемой им продукцией под товарным знаком «MAGGI». Одновременно Истец пытался признать рекламу

ООО «Юнилевер Русь» актом недобросовестной конкуренции¹. Ненадлежащей рекламой признается реклама с нарушениями законодательства. А недобросовестной конкуренцией признаются любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добросовестности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам – конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации². В литературе достаточно часто встречается мнение, что недобросовестная конкуренция является более широким понятием по отношению к ненадлежащей рекламе. Сторонники этой позиции ссылаются на то, что понятие недобросовестной конкуренции поглощает понятие ненадлежащей рекламы и следует закрепить ненадлежащую рекламу как форму недобросовестной конкуренции³.

Встречается и другая позиция, сторонники которой считают понятие ненадлежащей рекламы более широким, чем недобросовестная конкуренция. Свою позицию они объясняют тем, что не любая ненадлежащая реклама может быть квалифицирована как акт недобросовестной конкуренции, так как должно быть наличие трех признаков, а именно: действие хозяйствующего субъекта, которое направлено на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречие законодательству РФ и возможный либо

реальный вред другому хозяйствующему субъекту. В ненадлежащей рекламе зачастую отсутствует третий признак⁴. Но при этом акт недобросовестной конкуренции, если он выражен в рекламе, всегда будет являться актом ненадлежащей рекламы. Безусловно, доля правды в этом есть, так как описание вариантов недобросовестной и недостоверной рекламы и недобросовестной конкуренции в законодательстве частично совпадают. В связи с такими позициями логичным является вопрос соотношения законодательства о рекламе и о конкуренции. Одни ученые считают, что Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о конкуренции) имеет приоритет над Федеральным законом от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), так как действия, нарушающие законодательство о рекламе (ненадлежащая реклама) и направленные на получение преимуществ перед другими лицами, должны признаваться недобросовестной конкуренцией, так как возможность причинения убытков конкурентам такими действиями презюмируется⁵.

Однако позиция пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации заключается в том, что при обнаружении в распространяемой рекламной информации признаков недобросовестной конкуренции действия по распространению рекламы следует квалифицировать как нарушение законодательства о рекламе (ст. 14.3 КоАП РФ), а не как недобросовестную конкуренцию (ст. 14.33 КоАП РФ)⁶. Среди ученых встречается позиция, поддерживающая приоритет законодательства о рекламе, которая объясняется тем, что законодательство о рекламе является специальным по отношению к законодательству о конкуренции. Такую позицию обосновывают тем, что в Кодексе об административных правонарушениях Российской Федерации ст. 14.33. «Недобросовестная конкуренция» исключает деяния, предусмотренные ст. 14.3. «Нарушения законодательства о рекламе», то есть приоритет смещается на

квалификацию правонарушения в пользу ненадлежащей рекламы.

Для определения менее спорной позиции необходимо отметить, что действующее законодательство о рекламе и конкуренции нельзя распределять как общее и специальное по отношению друг к другу. Оба закона находятся на одной ступени юридической иерархии, так как являются федеральными законами, более того, оба закона были приняты в одном и том же году, поэтому вряд ли возможно распределить иерархию по более позднему закону. Также следует отметить, что различна административно-правовая ответственность за нарушения законодательства о рекламе и о конкуренции. Различны внутренние последствия за нарушения законодательства о рекламе и о конкуренции. Так, в Законе о рекламе обозначены следующие последствия использования ненадлежащей рекламы: 1) предписание Федеральной антимонопольной службы России; 2) контрреклама. Согласно ч. 3 ст. 36 Закона о рекламе содержанием предписания является требование ФАС России прекратить нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. Предписание выдается на основании решения антимонопольного органа о признании рекламы ненадлежащей и должно содержать указание о прекращении ее распространения. Данное предписание должно быть исполнено нарушителем в указанный антимонопольным органом срок, но не менее пяти дней со дня получения предписания. Решение же о публичном опровержении недостоверной рекламы (контррекламе) принимается судебным органом в случае установления антимонопольным органом факта распространения недостоверной рекламы, выдачи соответствующего предписания антимонопольным органом, наличия иска к рекламодателю о публичном опровержении недостоверной рекламы (контррекламе) за счет рекламодателя (ч. 3 ст. 38).

Иные внутренние последствия установлены для недобросовестной конкуренции в антимонопольном законодательстве. Так, на основании п. 2 ст. 23 Закона о защите конкуренции в случае обнаружения

факта недобросовестной конкуренции антимонопольный орган имеет право выдать нарушителю несколько видов предписаний, различающихся по содержанию зафиксированных в них требований. Имеются в виду предписания: 1) о прекращении недобросовестной конкуренции; 2) об устранении последствий нарушения антимонопольного законодательства; 3) о восстановлении положения, существовавшего до нарушения антимонопольного законодательства; 4) о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства; 5) об изменении или ограничении использования фирменного наименования⁷.

Следует отметить и тот факт, что внешние последствия также различны. Например, согласно ч. 2.4 ст. 19.5 КоАП РФ минимальный размер административного штрафа для юридических лиц за невыполнение предписания федерального антимонопольного органа о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе составляет триста тысяч рублей, а минимальный размер такого штрафа за невыполнение предписания о прекращении недобросовестной конкуренции для этой же категории субъектов – сто тысяч рублей. Особые размеры штрафов предусмотрены и в ч. 2.6 ст. 19.5 КоАП РФ, которая является общей по отношению к двум перечисленным выше частям этой статьи.

И наконец, хотелось бы сказать о различности элементов составов двух правонарушений: недобросовестной конкуренции и ненадлежащей рекламы. Ненадлежащая реклама представляет собой совокупность следующих признаков: 1) реклама содержит информацию, адресованную неопределенному кругу лиц; 2) направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования (товар, услуги, работы), формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке; 3) распространяется любым способом, в любой форме и с использованием любых средств; 4) не относится к информации, на которую Закон о рекламе не распространяется (ч. 2 ст. 2);

5) не соответствует требованиям законодательства Российской Федерации. В свою очередь, недобросовестная конкуренция имеет следующую структуру состава: 1) любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц); 2) действия направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности; 3) действия противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости; 4) действия причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам – конкурентам; 5) данные действия нанесли или могут нанести вред деловой репутации. Таким образом, реклама – это всегда информация, а конкуренция – это действие. И теперь уже мы не можем сказать, что ненадлежащая реклама является формой недобросовестной конкуренции, так как формой должны быть признаны действия по разработке, распространению этой ненадлежащей рекламы, а не сама информация. Реклама признается ненадлежащей в том случае, если она противоречит законодательству, а недобросовестная конкуренция может противоречить обычаям делового оборота, принципам добропорядочности, разумности и справедливости, что говорит о различности целей охраны общественных отношений в сфере предпринимательства.

Для решения данной проблемы разумно обратиться именно к уточнению целей законодательства о рекламе и законодательства о конкуренции. Целями Закона о рекламе являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, создание благоприятных условий для производства и распространения социальной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы⁸. Целями Закона о конкуренции

являются обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков⁹. Частично цели двух законов перекликаются: и тот и другой призван обеспечивать эффективное функционирование товарных рынков и единство экономического пространства. Но приоритет Закона о рекламе направлен на обеспечение прав потребителей на достоверную и добросовестную рекламу, а Закон о конкуренции призван защищать хозяйствующие субъекты от посягательств конкурентов в целях здорового соперничества на товарных рынках.

Таким образом, чтобы избежать коллизии составов, правоприменителю следует в каждом конкретном деле выбирать подходящую норму, исходя из того, какое общественное отношение наиболее пострадало, какую цель преследовал правонарушитель, и какой закон в конкретном случае лучше восстановит справедливость. Тем не менее, это ни есть безотказный выход из коллизионной ситуации. Проблемы сохраняются до тех пор, пока данный вопрос будет решаться правоприменителем субъективно. Возможно, стоит задуматься о коллегиальном или экспертном решении вопросов разграничения недобросовестной конкуренции и ненадлежащей рекламы в каждом конкретном случае.

Примечания

1. Дело № А40-64553/11 от 20 декабря 2011 г. // Официальный сайт Арбитражного суда г. Москвы // Режим доступа : <http://www.msk.arbitr.ru/>
2. О защите конкуренции : федер. закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ (с изм. от 30 декабря 2012 г.) // Российская газета. – 2006. – 27 июля.
3. Куликова Ю. С. Ненадлежащая реклама как форма недобросовестной конкуренции: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – С. 83.
4. Болотнов И. Недобросовестная конкуренция и ненадлежащая реклама // Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс».
5. Лапшина Д. Недобросовестная конкуренция и ненадлежащая реклама // Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс».
6. О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»: постановление пленума ВАС РФ от 8 октября 2012 г. № 58 // Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс».
7. Тотьев К. Ю. Ненадлежащая реклама и недобросовестная конкуренция: коллизия составов и способы ее устранения // Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс».
8. О рекламе: федер. закон от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ (с изм. от 28 июля 2012 г.) // Российская газета. – 2006. – 15 марта.
9. О защите конкуренции : федер. закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ (с изм. от 30 декабря 2012 г.) // Российская газета. – 2006. – 27 июля.

Дорогова Евгения Вадимовна, ассистент кафедры государственных и гражданско-правовых дисциплин факультета Подготовки сотрудников правоохранительных органов Южно-Уральского государственного университета (Национального исследовательского университета).