**Доклад о результатах правоприменительной практики Хакасского УФАС России за 2 полугодие 2018 года и январь-февраль 2019 года в сфере контроля рекламного законодательства.**

В Федеральном законе от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) четко регламентированы как общие подходы к рекламе, так и определена специфика различных видов рекламной деятельности, рекламирования отдельных видов товаров.

Основная задача рекламного законодательства состоит в обеспечении принципов добросовестной конкуренции на российском рынке и защиты потребителей от ненадлежащей рекламы, соответственно, основные требования, предъявляемые к рекламе, затрагивают ее содержательную часть и касаются в первую очередь непосредственно рекламодателей. Вместе с тем ответственность по некоторым нормам лежит также на рекламораспространителях, рекламопроизводителях.

С июля 2018 год по февраль 2019 года в адрес Хакасского УФАС России поступило 38 заявлений, по результатам рассмотрения которых возбуждено 22 дел по признакам нарушения Закона о рекламе, 11 дел по собственной инициативе, 3 заявления в настоящее время находится на рассмотрении. В отношении 13 заявлений антимонопольным органом принято решение об отказе в возбуждении дел, в связи с отсутствием признаков, нарушения рекламного законодательства.

Наиболее часто встречающиеся нарушения законодательства о рекламе приходятся на недобросовестную, недостоверную рекламу, в том числе рекламу с отсутствием существенной информации в рекламе финансовых услуг, и медицинских услуг, а также на рекламу, распространяемую посредством смс-сообщений.

Начать хотелось бы именно с нарушений, касающихся распространению смс-рекламы без предварительного согласия, как с наиболее часто встречающихся.

Частью 1 статьи 18 Закона о рекламе установлено, что распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии со статьей 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение статьи 18 несёт рекламораспространитель. Надо отметить, что в настоящее время рекламораспространители более ответственно относятся к требованиям законодательства и, как правило, получают предварительное согласие на рассылку смс-сообщений.

В практике Хакасского УФАС России были дела о нарушении части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в которых рекламораспространителем хоть и было представлено согласие на получение рекламных смс-сообщений, но дано это согласие было не владельцем указанного номера телефона, а иным лицом.

Так, например, в деле, возбужденном в отношении ПАО «Вымпел-Коммуникации», ООО «СМС Трафик», АО «МегаЛабс», ПАО «МегаФон», ООО «Академия Плюс», рекламораспространителями была представлена анкета, заполненная неким физическим лицом, содержащая согласие на получение рекламы посредством смс-сообщений на сайте рекламораспространителя. Однако Обществами не были осуществлены все действия, чтобы удостовериться в принадлежности указанного номера телефона лицу, заполнившему анкету.

Заявитель, в свою очередь, (владелец номера телефона, получавший смс-рекламу), представил в адрес Хакасского УФАС России как договор с оператором связи, так и пояснения, что данную сим-карту он не давал в пользование какому-либо иному лицу.

Таким образом, рассматриваемые рекламные смс-сообщения направлялись заявителю, фактическому владельцу номера телефона, без его предварительного согласия, что является нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Антимонопольный орган стоит на той позиции, что рекламораспространитель обязан убедиться в принадлежности номера телефона, указанного в согласии на получение рекламы посредством смс-сообщения, лицу, давшему данное согласие.

В настоящее время для этого есть все необходимые технические возможности (такие как направление на указанный в «согласии» номер телефона специального кода, активация которого подтвердит принадлежность номера телефона лицу, оставившему согласие), либо иные методы, в том числе не требующие особых затрат от лиц, получающих данное согласие (такие как осуществление звонка на указанный в анкете номер телефона непосредственно в момент заполнения данной анкеты).

Такие несложные действия со стороны рекламораспространителей позволят убедиться в их добросовестности и ответственном подходе к получению согласия на рекламную рассылку, в случае возникновения подобных спорных моментов.

Кроме того, стоит отметить, что антимонопольным органом, в случае распространения рекламы с использованием автоматизированной смс-рассылки, предоставляемой оператором связи, рекламораспространителями признаются все лица, участвующие в распространении рекламных сообщений, и даже оператор связи, поскольку все участники являются неотъемлемой частью правоотношений, складывающихся в процессе передачи смс-сообщений конечным потребителям. Отсутствие в какого-либо «звена в цепочки» передаче смс-сообщения, сделает распространение спорной рекламы невозможным.

Арбитражный суд Республики Хакасии, а также Третий Арбитражный Апелляционный суд поддержали выводы Хакасского УФАС России (дела - № А74-6817/2018, А74-1049/2018).

Общие требования к рекламе, закрепленные в статье 5 Закона о рекламе, являются типичными правилами, которым должна соответствовать каждая реклама независимо от объектов рекламирования, видов рекламы, способов ее выражения и распространения.

Вместе с тем, в рекламе часто встречается использование сравнительной характеристики объекта рекламирования с иными товарами, без объективного подтверждения (пункт 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе).

Например, антимонопольным органом приняты решения по делу №16-Р-18 в отношении индивидуального предпринимателя, по делу № 27-Р-18 в отношении физического лица о признании недостоверной рекламы, распространенной в нарушение требований пункта 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе.

Так, в спорных рекламах используются выражения «самые низкие цены».

Вместе с тем, информация, содержащаяся в рекламе, должна отвечать критериям достоверности, в том числе в целях формирования у потребителя верного, истинного представления о товаре (услуге), его качестве, потребительских свойствах. В связи с этим использование в рекламе сравнительной характеристики объекта рекламирования с иными товарами, например путем употребления слов "лучший", "первый", "номер один", должно производиться с указанием конкретного критерия, по которому осуществляется сравнение и который имеет объективное подтверждение.

В материалы вышеуказанных дел подтверждение такого сравнения представлено не было.

В ходе рассмотрения дел нарушение было устранено.

Также допускаются нарушения Закона о рекламе при рекламировании медицинских услуг и медицинских изделий (часть 7 статьи 24 Закона о рекламе).

В соответствии с частью 7 статьи 24 Закона о рекламе реклама лекарственных препаратов, медицинских услуг, в том числе методов профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации, медицинских изделий должна сопровождаться предупреждением о наличии противопоказаний к их применению и использованию, необходимости ознакомления с инструкцией по применению или получения консультации специалистов.

Антимонопольным органом приняты решения по делу №17-Р-18, возбужденное в отношении ООО МЦ «Виринея» и по делу №20-Р-18, возбужденное в отношении физических лиц, в настоящее время рассмотривается дело № 2-Р-19 в отношении газеты «Ширинский вестник» и ООО МЦ «Виринея» о признании ненадлежащей рекламы медицинских услуг, распространенной в нарушение требований части 7 статьи 24 Закона о рекламе без сопровождения предупреждений о наличии противопоказаний к их применению и использованию, необходимости ознакомления с инструкцией по применению или получения консультации специалистов.

За нарушение рекламного законодательства ООО МЦ «Виринея» и должностное лицо ООО МЦ «Виринея», а также физические лица привлечены к административной ответственности по части 5 статьи 14.3 КоАП РФ.

Необходимо отметить что, на сегодняшний день уделяется повышенное внимание к рекламе о проведении зрелищных мероприятиях.

Так, согласно части 10.1 статьи 5 Закона о рекламе не допускается размещение рекламы информационной продукции, подлежащей классификации в соответствии с требованиями Федерального закона от 29 декабря 2010 года № 436-ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию», без указания категории данной информационной продукции.

Информационная продукция подразделяется на категории и обозначается соответствующим знаком информационной продукции и (или) текстовым предупреждением об ограничении распространения информационной продукции среди детей:

- применительно к категории информационной продукции для детей, не достигших возраста шести лет, - в виде цифры «0» и знака «плюс»;

- применительно к категории информационной продукции для детей, достигших возраста шести лет, - в виде цифры «6» и знака «плюс» и (или) текстового предупреждения в виде словосочетания «для детей старше шести лет»;

- применительно к категории информационной продукции для детей, достигших возраста двенадцати лет, - в виде цифры «12» и знака «плюс» и (или) текстового предупреждения в виде словосочетания «для детей старше 12 лет»;

- применительно к категории информационной продукции для детей, достигших возраста шестнадцати лет, - в виде цифры «16» и знака «плюс» и (или) текстового предупреждения в виде словосочетания «для детей старше 16 лет»;

- применительно к категории информационной продукции, запрещенной для детей, - в виде цифры «18» и знака «плюс» и (или) текстового предупреждения в виде словосочетания «запрещено для детей».

- применительно к категории информационной продукции, запрещенной для детей, - в виде цифры «18» и знака «плюс» и (или) текстового предупреждения в виде словосочетания «запрещено для детей».

Хакасским УФАС России в отношении двух печатных изданий СМИ возбуждены дела по признакам нарушения части 10.1 статьи 5 Закона о рекламе.

Кроме того, периодическим печатным изданиям не стоит забывать, что статьей 16 Закона о рекламе установлено, что размещение текста рекламы в периодических печатных изданиях, не специализирующихся на сообщениях и материалах рекламного характера, должно сопровождаться пометкой "реклама" или пометкой "на правах рекламы". Объем рекламы в таких изданиях должен составлять не более чем 45 % объема одного номера периодических печатных изданий.

Требование о соблюдении указанного объема не распространяется на периодические печатные издания, которые зарегистрированы в качестве специализирующихся на сообщениях и материалах рекламного характера и на обложке, и в выходных данных которых содержится информация о такой специализации.

При этом не имеет значения тот факт, что реклама размещалась бесплатно или за символическую плату, поскольку рекламой является информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств. Реклама адресована неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

В октябре 2018 г. Хакасским УФАС России по результатам проведения мониторинга печатного издания, а именно журнала «Территория выбора» № 175 от августа 2018 года, установлено, что на стр. 57 размещена реклама столовой «Сытный дворик».

Рекламная статья содержит следующую информацию: название и адрес столовой, информация о том, что осуществляется доставка еды, ассортимент блюд, а также контактная информация для оформления заказа (номер телефона и электронный адрес).

Однако информация о продавце товаров, реализующем свои товары дистанционным способом, отсутствует.

Реклама дистанционного способа продаже регламентируется статьей 8 Закона о рекламе.

Исходя из толкования данной нормы следует, что в рекламе товаров при дистанционном способе их продажи (например, доставка суши/пиццы) должны быть указаны сведения о продавце таких товаров: наименование, место нахождения и государственный регистрационный номер записи о создании юридического лица; фамилия, имя, отчество, основной государственный номер записи о государственной регистрации физического лица в качестве индивидуального предпринимателя.

Поскольку, отсутствие данной информации в рекламе не предоставляет возможности потребителю самому каким-то образом вернуть некачественный товар или способствовать защите своих прав и интересов.

Ответственность за нарушение статьи 8 Закона о рекламе несет как рекламодатель, так и рекламораспространитель, в связи с чем решением по делу № 22-Р-18 вышеуказанная реклама признана недостоверной, а два индивидуальных предпринимателя признаны ответственными за нарушение рекламного законодательства.

В 2016 году вступили в силу изменения в законодательстве, согласно которым для впервые нарушивших закон о рекламе субъектов малого предпринимательства административный штраф заменяется на предупреждение.

Федеральным законом от 03.07.2016 № 316-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» кодекс был дополнен статьей 4.1.1, предусматривающей возможность указанной замены при отсутствии причинения вреда или возникновения угрозы причинения вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также при отсутствии имущественного ущерба.

В связи с чем, Хакасским УФАС России при рассмотрении дел об административных правонарушениях применяется административное наказание в виде предупреждения, но только в том случае, если лицо является субъектом малого предпринимательства и нарушение совершено впервые.

Так в период июля 2018 по март 2019 года управлением при рассмотрении дел об административных правонарушениях в сфере рекламного законодательства было выдано 21 предупреждение.

11.11.2018 г. добавлен пункт 7 статьи 10 Закона о рекламе согласно которому, запрещается реклама услуг по подготовке и написанию выпускных квалификационных работ, научных докладов об основных результатах подготовленных научно-квалификационных работ (диссертаций) и иных работ, предусмотренных государственной системой научной аттестации или необходимых для прохождения обучающимися промежуточной или итоговой аттестации.