

На правах рукописи

Каменский Максим Андреевич

**Гражданско-правовое регулирование
производства и распространения рекламы
на территории Российской Федерации**

Специальность 12.00.03

- гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право

**Автореферат
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук**

Москва

2019

Работа выполнена на кафедре авторского права, смежных прав и частноправовых дисциплин ФГБОУ ВО «Российская государственная академия интеллектуальной собственности» (ФГБОУ ВО РГАИС)

Научный руководитель **Леонтьев Константин Борисович**
кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры авторского права, смежных прав и частноправовых дисциплин ФГБОУ ВО РГАИС

Официальные оппоненты **Беспалов Юрий Федорович**
доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского права ФГБОУ ВО «Российский государственный университет правосудия»

Чуковская Екатерина Эдуардовна
кандидат юридических наук, доцент, руководитель юридической службы ОАО «Научное издательство «Большая российская энциклопедия»

Ведущая организация **Федеральное государственное автономное образовательное учреждение «Волгоградский государственный университет»**

Защита состоится 19 сентября 2019 года в 14 ч. 00 мин. на заседании диссертационного совета по защите докторских и кандидатских диссертаций Д 401.001.02 при ФГБОУ ВО «Российская государственная академия интеллектуальной собственности» (РГАИС) по адресу: 117279, Москва, ул. Миклухо-Маклая, дом 55 а.

С диссертацией и авторефератом можно ознакомиться в библиотеке ФГБОУ ВО «Российская государственная академия интеллектуальной собственности» по адресу: 117279, Москва, ул. Миклухо-Маклая, дом 55А, ауд. 305, а также на сайте ФГБОУ ВО РГАИС dis.rgiis.ru

Автореферат разослан « ____ » _____ 2019 г.

Ученый секретарь
диссертационного совета,
кандидат юридических наук, доцент



В.С. Савина

I. ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность исследования

Расширение коммуникационных связей в современном мире приводит к постоянному росту объемов и значения рекламы. Продвижение любого товара или услуги на рынке неразрывно связано с осуществлением активной рекламной деятельности, обеспечивающей возможность ознакомления потребителя с предлагаемыми товарами и услугами и влияния на производимый потребителем выбор. Реклама становится неотъемлемой частью современной общественной жизни, в связи с чем весь спектр отношений, возникающих в процессе ее производства и распространения, должен быть урегулирован нормами права наиболее отчетливым образом.

Действующее в настоящее время рекламное законодательство достаточно подробно регламентирует основные требования к участникам рекламных правоотношений, гарантирует права потребителей рекламы и устанавливает ответственность за нарушения при осуществлении рекламной деятельности. В то же время отношения в рассматриваемой области подвержены постоянным и значительным изменениям, связанным прежде всего с продолжающимся развитием новых информационно-телекоммуникационных технологий и средств связи, что приводит к необходимости постоянного совершенствования правового регулирования рекламной деятельности: «рекламные отношения – это та сфера, которая видоизменяется чрезвычайно быстро и многократно. И это требует насколько возможно быстрой реакции законодателя»¹.

Вместе с тем анализ действующих законодательных и иных нормативно-правовых актов, регламентирующих отношения по производству и распространению рекламы в Российской Федерации, и связанной с ними правоприменительной практики показывает, что многие проблемы в

¹ Морозов А.А. Правовое регулирование рекламной деятельности в Российской Федерации. – СПб.: ИВ ЭСЭП, Знание, 2006. – С. 35-36.

рассматриваемой области не получили решения до настоящего времени, при развитии законодательства в недостаточной мере учитывался мировой опыт правового регулирования рекламных отношений, а также экономические и культурные особенности нашей страны и ее отдельных регионов.

Недостаточным образом, как представляется, разработан понятийный аппарат, используемый при законодательном регулировании рекламной деятельности. Так, в юридической литературе подвергается справедливой критике определение понятия «реклама», закрепляемое в пункте 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»². Наличие в Федеральном законе положений, которые позволяют отнести к рекламе распространение информации, направленной на достижение благотворительных и иных общественно полезных целей, а также информации, связанной с обеспечением интересов государства, приводит к чрезмерно широкому толкованию данного понятия, вступает в противоречие с целями Федерального закона «О рекламе». Существует также противоречие между законодательными подходами, основанными на понимании рекламы как особого вида информации, и определениями, закрепляемыми Федеральным законом «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»³. Вместе с тем, несмотря на активную критику действующих законодательных формулировок, в юридической науке до настоящего времени не сформировался какой-либо общепризнанный подход к определению понятия «реклама» и «рекламная деятельность».

Действующее законодательство об интеллектуальной собственности по-прежнему в недостаточной степени учитывает особенности осуществления рекламной деятельности, связанной с использованием произведений, объектов смежных прав, товарных знаков и иных результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации.

² Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ (ред. от 27.12.2018) «О рекламе» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 12. Ст. 1232.

³ Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ (ред. от 18.03.2019) «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3448.

В результате применение для рассматриваемой сферы общих подходов, закрепляемых частью четвертой ГК РФ, приводит к получению необоснованных преимуществ отдельными участниками рынка, в том числе за счет недобросовестного использования установленных законодательством ограничений исключительных прав, необоснованному в ряде случаев завышению компенсации за допущенные нарушения исключительных прав на используемые в рекламе произведения и к иным негативным последствиям.

В законодательстве не в полной мере учтены особенности, характерные для деятельности отдельных субъектов рекламного рынка. В Федеральном законе «О рекламе», в частности, не определяется правовой статус таких профессиональных субъектов рекламного рынка, как рекламные агентства, опосредующих в определенных случаях процессы производства и распространения рекламы. Анализ судебной практики позволяет сделать вывод о частых нарушениях рекламного законодательства хозяйствующими субъектами, которые приняли особенно массовый характер в условиях развития сети Интернет, в том числе при реализации товаров дистанционным способом. Действующим законодательством Российской Федерации не предусматриваются эффективные правовые меры, позволяющие оградить потребителя от так называемого «спама», отсутствуют эффективные законодательные ограничения в отношении скрытой рекламы.

Отмеченные проблемы свидетельствуют об особой актуальности темы диссертационного исследования, в том числе ввиду отсутствия в настоящее время выработанных решений по ряду наиболее проблемных вопросов рассматриваемой области правового регулирования.

Степень научной разработанности проблемы

Проблемам гражданско-правового регулирования отношений, возникающих при производстве рекламы и осуществлении рекламной деятельности, в том числе при использовании в рекламе результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, уделяется

немало внимания при проведении научных исследований, о чем свидетельствует значительный объем посвященных им научных трудов и публикаций в периодических изданиях.

Изучению правовых характеристик рекламы как феномена общественной жизни, отдельным видам рекламы, общим вопросам правового регулирования рекламной деятельности как разновидности предпринимательской деятельности посвящены, в частности, работы следующих авторов: П.А. Аркина, Д.С. Бадалова, С.Г. Богацкой, Н.В. Брянцевой, И.И. Василенковой, М.Ю. Великоклада, Ю.В. Гусарова, Л.Ф. Гусаровой, Е.Л. Давыдовой, А.В. Денисова, Б.О. Дударовой, Р.Д. Зоркольева, Р.В. Кантюхина, Н.Н. Карташова, В.В. Кваниной, И.В. Кирюшиной, Д.А. Копытина, А.Н. Крылова, М.В. Маркова, Е.А. Мамоновой, Е.В. Меликсетян, А.В. Минбалева, А.А. Морозова, В.П. Музыканта, В.Л. Нечуй-Ветер, В.Г. Попова, А.А. Романова, Г.Ф. Ручкиной, Е.А. Свиридовой, К.А. Соловейчик, А.Н. Толкачева, Е.В. Фоминой, Ф.С. Штурмина и других отечественных специалистов.

Проблемы правовой охраны объектов авторских и смежных прав, а также иных результатов интеллектуальной деятельности, в том числе при создании рекламных материалов и их распространении, разрабатывались в трудах российских ученых-цивилистов И.А. Близнаца, Э.П. Гаврилова, В.А. Дозорцева, В.О. Калятина, К.Б. Леонтьева, В.В. Орловой, О.А. Рузаковой, А.П. Сергеева и др.

Вопросы правовой природы социальной рекламы, ее нравственных основ и целевых задач в современном обществе поднимали в своих работах Э.С. Ванюшин, И.С. Гусаров, А.В. Карягина. Основы государственного надзора и правовой защиты прав потребителей в рекламной сфере рассматривали такие специалисты в области права, как А.А. Кирилловых и И.В. Керенский.

Исследованию отдельных аспектов правового регулирования рекламы и рекламной деятельности посвящены диссертационные работы

М.В. Барановой, М.Ю. Великоклада, У.А. Ворониной, А.Ю. Головина, Б.О. Дзгоевой, С.С. Ермоленко, Л.М. Жуковской, А.А. Кислицына, Д.А. Копытина, А.М. Маркович, Е.В. Медянковой, В.Л. Нечуй-Ветер, В.О. Нюняева, Е.В. Павловец, К.В. Руденко, Е.Ю. Свинцовой, О.А. Филатовой, З.Ш. Шугаибова и ряда других авторов.

В то же время большинство проанализированных работ охватывает либо отдельные стороны исследуемой области правового регулирования и не содержит единого комплексного анализа всей взаимосвязи сложных явлений, которые, в конечном счете, обуславливают производство и распространение рекламы на территории Российской Федерации, либо базируется на устаревших законодательных положениях. Кроме того, как представляется, в существующих работах недостаточно внимания уделяется вопросам противодействия скрытой рекламе и изучению природы правонарушений рекламного законодательства в целом.

Таким образом, отсутствует комплексное исследование правового регулирования производства и распространения рекламы как особого объекта гражданско-правового регулирования на территории Российской Федерации на современном этапе. Данные обстоятельства обусловили выбор темы и основных направлений настоящего диссертационного исследования.

Объект исследования

Объектом исследования являются правоотношения, возникающие в процессе производства и распространения рекламы на внутреннем рынке Российской Федерации.

Предмет исследования

Предметом исследования является гражданско-правовое регулирование отношений, связанных с производством и распространением рекламы на территории Российской Федерации, осуществляемым с участием различных субъектов права, а также с использованием результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, как созданные ранее, так и создаваемых непосредственно при подготовке рекламных материалов.

Для целей исследования правоотношений, возникающих в процессе производства и распространения рекламы, анализируются нормы действующего законодательства Российской Федерации, положения международных договоров Российской Федерации, особенности законодательства ряда зарубежных стран, научные труды и публикации в периодической печати российских и зарубежных специалистов, а также сложившаяся в указанной области правоприменительная практика.

Цели диссертационного исследования

Целью диссертационного исследования является выявление особенностей гражданско-правового регулирования производства и распространения рекламы на территории Российской Федерации, в том числе с учетом особенностей использования объектов интеллектуальных прав при осуществлении рекламной деятельности, в разработке предложений по совершенствованию доктринальных теоретических положений, характеризующих сущность возникающих при этом правоотношений, а также в разработке предложений по дальнейшему совершенствованию правового регулирования в рассматриваемой области.

Задачи диссертационного исследования

Для достижения указанных целей были поставлены и решены следующие задачи диссертационного исследования:

- анализ понятия «реклама» и правовой природы рекламы как объекта гражданско-правового регулирования, в том числе с учетом использования при осуществлении связанной с ней деятельности результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, как созданных ранее, так и создаваемых непосредственно при подготовке рекламных материалов;
- разработка определений понятий «реклама» и «рекламная деятельность», правовой характеристики рекламной деятельности;
- анализ правового статуса субъектов рекламной деятельности и выявление оснований для их классификации;

- рассмотрение особенностей рекламных правоотношений, складывающихся в процессе осуществления рекламной деятельности и использования объектов интеллектуальных прав, а также особенностей их правового регулирования, основанного на сочетании публично-правовых и частноправовых подходов;

- анализ понятия и видов нарушений рекламного законодательства и законодательства об интеллектуальной собственности при осуществлении рекламной деятельности;

- исследование особенностей юридической ответственности за нарушение рекламного законодательства и законодательства об интеллектуальной собственности при осуществлении рекламной деятельности;

- выявление основных тенденций развития рекламного законодательства и разработка теоретических и практических предложений, направленных на его совершенствование.

Методологическая основа диссертационного исследования.

В целях достижения объективных и достоверных данных о предмете диссертационного исследования применялись общенаучные методы познания, такие как индукция, дедукция, сравнение, аналогия, комплексный анализ, синтез, а также специальные методы: сравнительно-правовой, историко-правовой, системный анализ, формально-логический метод и некоторые другие. В частности, с помощью комплексного анализа удалось проанализировать правовую природу рекламы как особого вида информации, выявить взаимосвязь правовых и экономических характеристик рекламы, что помогло раскрыть основные признаки этого сложного явления. В свою очередь, историко-правовой метод позволил провести анализ развития рекламного законодательства, начиная с постсоветского периода до настоящего времени, что позволило сделать выводы об основных тенденциях и закономерностях его развития и предложить меры, направленные на его дальнейшее совершенствование.

Теоретическую основу исследования составляют научные публикации российских и зарубежных авторов, в которых затрагиваются вопросы правового регулирования отношений, складывающихся в процессе производства и распространения рекламы как особого объекта гражданско-правового регулирования, а также фундаментальные труды отечественных ученых Л.В. Аكوпова, А.П. Алехина, И.А. Близнеца, М.И. Брагинского, С.Н. Братуся, А.Б. Венгерова, В.В. Витрянского, Э.П. Гаврилова, В.П. Грибанова, О.С. Иоффе, А.А. Кармолицкого, Н.М. Коршунова, О.А. Красавчикова, В.Н. Кудрявцева, Е.Б. Лупарева, А.П. Сергеева, В.И. Синайского, М.Б. Смоленского, Ю.К. Толстого, Л.А. Чеговадзе, Г.Ф. Шершеневича и других.

Нормативную основу исследования составили Конституция Российской Федерации, международные договоры Российской Федерации, Гражданский кодекс Российской Федерации, иные федеральные законы, нормативные правовые акты Президента Российской Федерации, нормативные правовые акты Правительства Российской Федерации, законы субъектов Российской Федерации и иные нормативно-правовые акты, регулирующие рассматриваемые в диссертационном исследовании вопросы.

Эмпирическую основу исследования составили постановления Конституционного Суда Российской Федерации, Верховного Суда Российской Федерации, иные судебные акты, указанные в перечне материалов судебной практики, материалы территориальных органов Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации, а также сведения, полученные из научной литературы и публикаций периодических специализированных изданий.

Научная новизна диссертационного исследования

Научная новизна состоит в том, что диссертационное исследование является одной из первых работ, в рамках которой осуществлено комплексное изучение особенностей производства и распространения рекламы как объекта гражданско-правового регулирования на территории

Российской Федерации. В работе проведен сравнительный анализ выработанных научной и специальной литературой определений понятий «реклама», «рекламная деятельность», «рекламный договор», предложено ввести в научный и нормативно-правовой оборот ряд авторских определений понятий, входящих в предмет настоящего исследования. Рассмотрен ряд особенностей использования в рекламе результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, предложены меры, направленные на учет особенностей осуществления рекламной деятельности при регулировании вопросов использования объектов интеллектуальных прав и применении положений об ответственности за нарушение исключительных прав на такие объекты при осуществлении рекламной деятельности. Используемый подход позволил раскрыть основные направления развития законодательства Российской Федерации о рекламе, выявить его недостатки с позиции баланса интересов субъектов рекламной деятельности, а также выработать предложения по внесению изменений в законодательство.

Проведенное исследование позволило сформулировать и вынести на защиту следующие **положения**:

1. Обоснован вывод о коммерческой природе рекламы и необходимости отнесения к понятию «реклама» только информации, связанной с коммерческой рекламной деятельностью. Признание коммерческой природы рекламы позволяет выделить следующие характеризующие ее критерии: во-первых, производство и распространение рекламы являются платными для рекламодача, и во-вторых, конечная цель ее распространения заключается в извлечении прибыли от реализации объекта рекламирования.

Отношения, связанные с социальной рекламой, политической рекламой, рекламой благотворительных акций и иными случаями распространения информации некоммерческого характера должны быть исключены из сферы регулирования законодательства о рекламе. Такие отношения должны регулироваться иными законодательными актами без

использования в них термина «реклама» и иной связанной с ним терминологии. Так, вместо термина «политическая реклама» на законодательном уровне возможно использовать термин «политическая агитация», вместо «социальная реклама» - термин «распространение социально значимой информации». Предлагаемый подход позволит полностью разграничить различающиеся по своей сути и целям сферы деятельности и исключить ошибочное применение не относящихся к ним правовых положений.

2. Предложено авторское определение понятия «реклама», согласно которому реклама представляет собой неперсонифицированную информацию, распространяемую на платной основе в формах и способами, установленными законом, для привлечения на добровольных началах внимания целевой аудитории к объекту рекламирования и формирования у потребителя положительных представлений об объекте рекламирования в целях его реализации и продвижения на рынке товаров, работ и услуг.

3. Сформулировано авторское определение понятия «рекламная деятельность»:

Рекламная деятельность – особый вид предпринимательской деятельности, осуществляемой хозяйствующими субъектами на основании заключаемых гражданско-правовых договоров в целях доведения рекламной информации до потребителей. В качестве таких хозяйствующих субъектов могут выступать как юридические лица и индивидуальные предприниматели, так и физические лица, осуществляющие приносящую доход деятельность без регистрации в качестве индивидуального предпринимателя в случаях, допускаемых законом, и в связи с этим нуждающиеся в рекламе предлагаемых ими товаров, работ или услуг.

4. В целях обеспечения единого подхода к рекламным договорам, применяемым начиная с этапа производства рекламы и заканчивая этапом ее распространения, обоснована необходимость введения в научно-правовой оборот термина «рекламный договор», под которым понимается возмездное

гражданско-правовое соглашение между двумя и более лицами, предусматривающее производство и (или) распространение рекламной информации о товаре (работе, услуге) и рекламодателе. Специфика рекламного договора обуславливается особенностями опосредуемой им рекламной деятельности, круга хозяйствующих субъектов, которые могут являться сторонами такого договора, а также наличием специально предусмотренных законодательством требований к деятельности, осуществляемой на основании такого договора. Данные особенности подробно рассматриваются в работе.

5. Предложено предоставить сторонам договора авторского заказа возможность исключения правила о льготном сроке (пункт 2 статьи 1289 ГК РФ) и положений об ограничении ответственности автора суммой реального ущерба (статья 1290 ГК РФ) при заключении договоров о создании произведений для их целевого использования при осуществлении рекламной деятельности, так как участники рекламных правоотношений заинтересованы в точном соблюдении сроков подготовки и распространения рекламы, а также несут риски значительных убытков при нарушении рекламных договоров.

6. Предлагается исключить возможность использования в рекламе цитат из произведений науки, литературы или искусства без согласия правообладателей, установив, что положения о свободном использовании произведений путем их цитирования, в том числе в информационных целях, не применяются в отношении рекламы. В связи с этим предлагается изложить подпункт 1 пункта 1 статьи 1274 ГК РФ в следующей редакции:

«1) цитирование в оригинале и в переводе в научных, полемических, критических, информационных (*за исключением рекламных*), учебных целях, в целях раскрытия творческого замысла автора правомерно обнародованных произведений в объеме, оправданном целью цитирования, включая воспроизведение отрывков из газетных и журнальных статей в форме обзоров печати.».

Обосновывается, что отсутствие прямого запрета на использование цитат в рекламе со ссылкой на предусмотренную законодательством возможность свободного цитирования из правомерно обнародованных произведений в информационных целях (подпункт 1 пункта 1 статьи 1274 ГК РФ) приводит к получению необоснованных преимуществ отдельными участниками рекламного рынка и затрудняет борьбу с нарушениями авторских и смежных прав при осуществлении рекламной деятельности. Предлагаемое изменение позволит однозначным образом исключить возможность применения в рекламной сфере ограничения исключительных прав авторов и иных правообладателей, установленного действующим законодательством для случаев цитирования.

7. По итогам анализа правового статуса субъектов рекламной деятельности предложена следующая классификация таких субъектов по двум базовым основаниям:

а) по степени вовлеченности в товарооборот:

- участники торгового оборота (потребители рекламы, рекламодатели, спонсоры);

- посредники (рекламопроизводители и рекламораспространители);

- регуляторы торгового оборота (антимонопольный орган и саморегулируемые организации);

б) по степени участия в рекламной деятельности:

- активные участники (рекламодатель, рекламопроизводитель и рекламораспространитель);

- пассивные участники (потребители рекламы);

- регуляторы рекламной деятельности (антимонопольный орган и саморегулируемые организации).

8. В связи с необходимостью признания рекламных агентств особой категорией субъектов рекламной деятельности предлагается дополнить статью 3 Федерального закона «О рекламе» следующим определением:

Рекламное агентство – юридическое лицо, зарегистрированное в установленном законом порядке, основным видом предпринимательской деятельности которого является производство и размещение рекламы, включая выработку концепций рекламного продукта, консультирование рекламодателей, а также посредническая деятельность, направленная на подбор рекламопроизводителя и (или) рекламораспространителя для целей производства и (или) размещения (распространения) рекламы.

9. Сформулирован вывод о необходимости введения в научно-правовой оборот определения термина «рекламный процесс», под которым понимается подчиненная нормам права совокупность действий различных субъектов рекламной деятельности, опосредующих движение рекламной информации при производстве и размещении (распространении) рекламы от рекламодателя к потребителю, направленная на придание рекламе необходимой формы и ее распространение с использованием различных способов передачи информации.

10. Обоснован вывод о том, что рекламные правоотношения представляют собой сложный комплекс отношений с многоуровневой структурой, в связи с чем предложено следующее определение указанных правоотношений:

Под рекламными правоотношениями понимаются урегулированные нормами права отношения, которые возникают между субъектами рекламной деятельности в процессе производства, размещения и распространения рекламы как особого объекта гражданско-правового регулирования, а также отношения, возникающие после распространения рекламы в связи с ее воздействием на объекты личных неимущественных и (или) имущественных прав и охраняемых законом интересов физических и юридических лиц, в том числе в связи с осуществлением контроля за соблюдением участниками рекламной деятельности требований рекламного законодательства и законодательства о защите прав потребителей.

Обосновывается вывод о том, что указанным правоотношениям присущи черты как частного, так и публичного права в зависимости от субъектного состава таких отношений и периода их возникновения.

11. В целях совершенствования правовой регламентации и обеспечения запрета использования скрытой рекламы, в том числе в радио-, теле-, видео-, аудио- и кинопродукции, предложено дополнить пункт 9 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» абзацем следующего содержания:

Под скрытой рекламой также понимается неоднократное, навязчивое упоминание о товаре и средствах его индивидуализации, об изготовителе (продавце) товара в кинопродукции, радио-, теле-, видео- и аудиопродукции, а также в произведениях литературы, искусства и науки, если упоминаемые объекты не являются частью художественного замысла автора (авторов) произведения.

12. С учетом особенностей осуществления рекламной деятельности предлагается ограничить возможность применения положений, предусмотренных статьей 1301 ГК РФ, при нарушении исключительных прав на используемые в рекламе произведения и объекты смежных прав.

Формальное применение указанных положений, устанавливающих порядок определения размера компенсации за нарушение исключительного права на произведение, как показывает судебная практика, приводит к неоправданному завышению присуждаемой компенсации до уровня, на несколько порядков превышающего возможные убытки правообладателя или размер вознаграждения, которое правообладатель получил бы при обычных условиях использования произведения. Суд при определении компенсации должен учитывать, какое значение имело использование в рекламе именно данного произведения или объекта смежных прав, а также должен быть наделен правом рассматривать рекламную кампанию в целом как один случай использования произведения без необходимости учета каждой демонстрации рекламы на каждом телеканале, сайте в сети Интернет и т.д. в качестве отдельного случая использования произведения.

13. Предлагается внести в статью 5 Федерального закона «О рекламе» следующий пункт:

Рекламораспространитель обязан запросить у рекламодателя документы, подтверждающие достоверность сведений, содержащихся в передаваемой для размещения (распространения) рекламе, в том числе о соблюдении рекламодателем исключительных прав на используемые в рекламе объекты интеллектуальных прав.

Теоретическая значимость диссертации заключается в том, что результаты, полученные автором в процессе исследования особенностей правового регулирования производства и распространения рекламы в Российской Федерации на современном этапе, расширяют теоретическую базу для дальнейшего научного исследования проблем правового регулирования производства и распространения рекламы на территории Российской Федерации, а также для иных научных исследований в области гражданского и предпринимательского права, связанных с анализом проблем правового регулирования рекламной деятельности.

Практическая значимость диссертации состоит в том, что сформулированные по результатам проведенного исследования выводы и предложения имеют прикладной характер и могут быть применены в нормотворческой деятельности в целях совершенствования законодательства, регулирующего общественные отношения, складывающиеся в исследуемой области. Результаты диссертационного исследования представляют интерес для научной и преподавательской деятельности и могут быть использованы при чтении лекций и проведении семинарских занятий по гражданскому, предпринимательскому, рекламному праву, а также при разработке специальных курсов в области юриспруденции.

Теоретические положения и выводы диссертационного исследования могут использоваться в целях совершенствования законодательства

Российской Федерации, а также оказаться востребованы в деятельности судебных органов.

Апробация результатов исследования

Диссертация была подготовлена на кафедре авторского права, смежных прав и частноправовых дисциплин ФГБОУ ВО «Российская государственная академия интеллектуальной собственности» (ФГБОУ ВО РГАИС). Основные теоретические выводы и практические рекомендации, выработанные в ходе диссертационного исследования, изложены в научных публикациях диссертанта. Результаты исследования апробированы автором при обсуждении на заседаниях кафедры, а также на заседаниях научной школы кафедры авторского права, смежных прав и частноправовых дисциплин ФГБОУ ВО «Российская государственная академия интеллектуальной собственности».

Публикации по теме диссертации

По теме исследования автором опубликовано 6 научных статей, в том числе 5 научных статей в изданиях, входящих в перечень ведущих рецензируемых научных журналов, рекомендованных ВАК при Министерстве науки и высшего образования Российской Федерации.

Структура работы

Структура диссертации обусловлена предметом, поставленными целью и задачами исследования. Работа включает в себя введение, три главы, содержащие семь параграфов, заключение, а также перечень законодательных и иных нормативных правовых актов, перечень материалов судебной практики и список использованной литературы.

II. ОБЩЕЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **введении** обосновывается актуальность выбранной темы, определяются цель, задачи, объект и предмет исследования, его методологическая основа и источники информации, раскрывается научная значимость положений, выносимых на защиту, приводятся данные о внедрении и апробации полученных результатов.

Глава 1 «Реклама как объект гражданско-правового регулирования» содержит два параграфа.

В первом параграфе первой главы «Понятие и правовая характеристика рекламы как объекта гражданско-правового регулирования» рассматривается правовая природа рекламы как особого вида информации. Выявляются существенные недостатки закрепляемого Федеральным законом «О рекламе» определения понятия «реклама», не учитывающего основные признаки рекламной деятельности, рассмотренные в работе. Отмечается, что в настоящее время допускается чрезмерно широкое толкование понятия «реклама» в связи с наличием ряда законодательных положений, позволяющих относить к данной категории, в частности, распространение информации, преследующее благотворительные цели или обеспечение интересов государства, что не согласуется в полной мере с целями Федерального закона «О рекламе», призванного обеспечивать регулирование и развитие рынка рекламы товаров, работ и услуг при соблюдении принципов добросовестной конкуренции и права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, а также пресечение нарушений в рекламной сфере и защиту от ненадлежащей рекламы.

Одна из причин возникающих сложностей с выработкой законодательной дефиниции состоит в том, что реклама нуждается в сочетании элементов частноправового и публично-правового регулирования. Участники рекламных правоотношений реализуют свои права и принимают на себя обязанности в соответствии с общим принципом диспозитивности,

характерным для частного права. В то же время законодателем в целях защиты прав и законных интересов потребителей вводится сложная совокупность требований и ограничений в отношении рекламы. Таким образом, в юридическом определении понятия «реклама» должна быть отражена указанная выше дуалистическая правовая природа данного явления.

На основании анализа существующих подходов к определению понятия «реклама», а также обобщения и анализа определений, предлагаемых в специальной и научной литературе, и основных характеристик рекламной деятельности формулируется определение термина «реклама» для целей его законодательного закрепления, в котором основной акцент делается на коммерческой природе рекламы, поскольку ее производство и распространение являются платными для рекламодателя, а конечная цель ее распространения заключается в извлечении прибыли от реализации объекта рекламирования.

Во втором параграфе первой главы «Анализ законодательства Российской Федерации по вопросам гражданско-правового регулирования производства и распространения рекламы» рассматриваются законодательные и иные нормативные правовые акты, регулирующих отношения, возникающие в процессе обращения рекламы. Проведенный анализ позволил автору прийти к выводу о возможности рассмотрения системы таких актов в качестве рекламного законодательства, центральным звеном которого является Федеральный закон «О рекламе».

При проведении исследования была выявлена нелогичность структуры Федерального закона «О рекламе» и предложены изменения, направленные на совершенствование последовательности изложения законодательных положений, регулирующих рекламную деятельность.

Отмечается, что положения части четвертой ГК РФ, регулирующие вопросы создания и использования результатов творческой деятельности и средств индивидуализации, не учитывают особенностей осуществления

рекламной деятельности, в том числе при заключении и исполнении договоров, связанных с разработкой рекламных материалов и осуществлением рекламной деятельности, при распространении таких материалов, использовании установленных законодательством ограничений исключительных прав, определении случаев и пределов ответственности при нарушениях исключительных прав, допускаемых при осуществлении рекламной деятельности.

Глава 2 «Правовая характеристика рекламной деятельности», состоит из трех параграфов.

В первом параграфе второй главы «Понятие «рекламная деятельность» и признаки осуществления рекламной деятельности» анализируются выработанные в научной и специальной литературе основные подходы к определению понятия «рекламная деятельность». Проведенный анализ позволил, в частности, обосновать тезис об отсутствии тождества между понятием «рекламная деятельность» и понятием «реклама», поскольку последняя, рассматриваемая в качестве определенной информации, должна признаваться находящейся в состоянии статики, в то время как рекламная деятельность представляет собой динамическое явление, выражаемое посредством активных действий субъектов, направленных на производство, размещение и распространение соответствующей информации об объекте рекламирования. Автором сформулировано собственное определение рекламной деятельности как самостоятельного вида предпринимательской деятельности.

Специфика содержания правоотношений, в которые вступают субъекты рекламной деятельности, определяется не только требованиями рекламного законодательства, но также условиями договоров, опосредующих осуществление такой деятельности и заключаемых, в частности, между рекламоделателями и профессиональными участниками рынка рекламных услуг. В работе выделяется два основных вида рекламной деятельности, к которым относятся выполнение работ по изготовлению рекламы и оказание

услуг по ее распространению, при этом на практике рекламные агентства в значительной части случаев совмещают выполнение обеих функций. Изготовление рекламной продукции опосредуется разновидностью договора подряда, результатом выполнения которого становится созданный рекламный продукт. При этом деятельность, направленная на создание рекламного продукта, часто оказывается сопряжена с творческими усилиями, что приводит к необходимости создания либо приобретения и использования объекта авторского права, представляющего собой результат творческих усилий автора. Распространение изготовленного рекламного продукта является одним из видов оказания услуг, однако при их оказании возможно возникновение также отношений, регламентируемых положениями о договоре подряда.

Анализ особенностей гражданско-правовых договоров, направленных на установление, изменение или прекращение взаимно корреспондирующих гражданских прав и юридических обязанностей субъектов рекламной деятельности, позволил обосновать вывод о том, что их характерной особенностью является принадлежность к предпринимательским договорам, поскольку сторонами в этих договорах являются хозяйствующие субъекты, преследующие коммерческие цели.

Во втором параграфе второй главы «Субъекты рекламной деятельности» выявлены основные группы субъектов рекламной деятельности, участвующих в процессе производства, размещения и распространения рекламы, а также осуществлена их классификация по двум базовым основаниям: степени их вовлеченности в товарооборот и степени участия в рекламной деятельности. Отмечается, что все субъекты рекламной деятельности в зависимости от роли, которую они выполняют в рекламном процессе, делятся на активных и пассивных участников. Субъекты, продвигающие свой продукт на рынке, самостоятельно занимаются производством и распространением рекламной информации либо вступают в отношения с профессиональными участниками рекламного рынка. В данном

процессе принимают активное участие саморегулируемые организации, обеспечивающие интересы профессиональных участников, а также регулирующие и контролирующие такую деятельность государственные органы в целях защиты интересов потребителей – пассивных участников рекламной деятельности и рекламного процесса.

Рассматривается роль в процессе обращения рекламы таких субъектов рекламной деятельности, как рекламодатели, рекламопроизводители и рекламораспространители, а также особенности правового статуса потребителей рекламы, роль государственных органов, органов местного самоуправления, саморегулируемых организаций.

Отмечается, что среди всех субъектов рекламной деятельности особое место занимают рекламные агентства, которые делятся на агентства с полным циклом оказываемых рекламных услуг и рекламные агентства, специализирующиеся на оказании отдельных видов рекламных услуг. Отмечается, что представляется достаточно спорным возмездность отнесения рекламных агентств к рекламопроизводителям, поскольку выполняемые указанными участниками рекламного рынка работы и оказываемые ими услуги далеко не всегда связаны непосредственным образом с производством рекламного продукта, несмотря на возможность заключения единого договора смешанного типа в случае рекламного агентства полного цикла, включающего в себя обязательства по созданию рекламы и распространению рекламной продукции, то есть объединяющего черты договора подряда и договора возмездного оказания услуг. В случае если оказываемые рекламным агентством услуги ограничены только посреднической деятельностью, например, связанной с продажей эфирного времени, такое агентство не подпадает под определение термина «рекламопроизводитель», данное в Федеральном законе «О рекламе». Вместе с тем рекламные агентства в определенных случаях можно отнести к числу рекламораспространителей, например, в случае их специализации на размещении наружной рекламы и иных специальных видах рекламы, однако наиболее правильным было бы

признать рекламные агентства особым профессиональным участником, отдельным субъектом рекламной деятельности.

В связи с той ролью, которые рекламные агентства играют в качестве профессиональных участников современного рекламного рынка, обосновывается вывод о необходимости признания рекламных агентств особой категорией субъектов рекламной деятельности наряду с закрепляемыми Федеральным законом «О рекламе» понятиями рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламораспространителя. Для указанных целей предлагается дополнить статью 3 Федерального закона «О рекламе» определением понятия «рекламное агентство».

Федеральный закон «О рекламе» рассматривает в качестве потребителей рекламы лиц, на привлечение внимания которых к товару, работе или услуге (объекту рекламирования) направлена реклама, безотносительно привязки к конкретной категории физических или юридических лиц. В то же время обосновывается вывод о том, что потребитель рекламы – это всегда физическое лицо, поскольку воспринимать и потреблять рекламную информацию может только человек в силу своих психоэмоциональных качеств, а не организация. При этом потребитель рекламы далеко не всегда является потребителем с точки зрения гражданского законодательства, так как товар (работы, услуги) могут представлять интерес для хозяйствующих субъектов, которые посредством рекламы знакомятся с интересующим их объектом рекламирования, используемым в различных целях, в том числе в предпринимательской деятельности. Рекламная информация влияет на сознание физического лица, например, предпринимателя или руководителя организации, способного принимать решение о закупке того или иного товара, учредителей компании или иных лиц. Несмотря на то, что в конечном счете реклама может опосредовать отношения, которые впоследствии возникают между потребителем рекламы - юридическим лицом и рекламодателем

(производителем или продавцом), реклама воздействует только на сознание конкретного человека.

В основе рекламного законодательства лежит концепция защиты прав потребителей, поскольку именно последние являются объектом рекламы, именно потребителю порой навязывается агрессивная, недобросовестная или недостоверная реклама. Необходимость такой защиты объясняется тем, что потребитель – физическое лицо является наиболее уязвимым звеном в гражданско-правовом обороте, в связи с чем требуется наличие отлаженного механизма защиты его интересов. Вместе с тем такая односторонняя направленность законодательства может вызывать негативные последствия иного рода, приводить к злоупотреблению правами со стороны потребителей или утрате ими должной бдительности и осмотрительности при вступлении в гражданско-правовые отношения с третьими лицами.

Важнейшей задачей является обеспечение учета интересов всех субъектов рекламной деятельности, поскольку рекламный процесс – это сложное и многоаспектное явление, и от того, насколько продумано законодательство в рекламной сфере, насколько эффективно работают государственные и муниципальные органы, будет зависеть гармоничное развитие рынка рекламных услуг и рыночной экономики в целом.

В третьем параграфе второй главы «Правоотношения, складывающиеся при осуществлении рекламной деятельности», отмечается, что общественные отношения, в которые вступают субъекты рекламной деятельности, отличаются значительным разнообразием и возникают как в процессе производства рекламы, ее размещения и распространения, так при осуществлении контроля за соблюдением рекламного законодательства, проводимого со стороны государственных органов и общественных организаций. Автором предложено определение рекламных правоотношений, а также обоснован вывод о необходимости введения в научно-правовой оборот определения термина «рекламный процесс».

При рассмотрении особенностей рекламных правоотношений выявлено, что содержание указанных правоотношений отличается сложной и многоуровневой структурой, причем указанным правоотношениям присущи как частноправовые, так и публично-правовые черты в зависимости от субъектного состава таких отношений и оснований их возникновения. Так, содержанием правоотношений, возникающих в процессе производства и распространения рекламы, являются взаимно корреспондирующие права и обязанности рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламораспространителя преимущественно частноправового характера. Правоотношения, вытекающие из выполнения контрольных функций специализированными государственными органами, имеют публично-правовой характер, а их содержание характеризуется односторонней обязанностью рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламораспространителя соблюдать предписания рекламного законодательства.

В то же время правоотношения в сфере рекламной деятельности тесным образом связаны с частноправовым регулированием, прежде всего правовой регламентацией, устанавливаемой ГК РФ в отношении заключения и исполнения гражданско-правовых договоров, а также случаев создания и использования результатов творческой деятельности и средств индивидуализации при осуществлении рекламной деятельности.

Отмечается, что положения части четвертой ГК РФ, устанавливая ряд императивных норм, направленных на защиту интересов автора при обычных условиях осуществления творческой деятельности, не учитывают особенностей, связанных с осуществлением высокорисковой и лимитированной по времени рекламной деятельности, участники которой в значительной части случаев несут по своим обязательствам ответственность, основанную на началах предпринимательского риска (статья 401 ГК РФ).

В частности, обосновывается необходимость предоставить сторонам договора авторского заказа возможность исключения правила о льготном

сроке (пункт 2 статьи 1289 ГК РФ) и положений об ограничении ответственности автора суммой реального ущерба (статья 1290 ГК РФ) при заключении договоров о создании произведений для их целевого использования при осуществлении рекламной деятельности.

Обосновывается также вывод о том, что для исключения предоставления необоснованных преимуществ отдельным участникам рынка за счет возможности различного толкования и применения на практике установленных законодательством ограничений исключительных прав необходимо полностью исключить возможность использования в рекламе цитат из произведений науки, литературы или искусства без согласия правообладателей, установив, что положения о свободном использовании произведений путем их цитирования, в том числе в информационных целях, не применяются в отношении рекламы.

Глава 3 «Ответственность за нарушения рекламного законодательства и законодательства об интеллектуальной собственности при осуществлении рекламной деятельности» состоит из двух параграфов.

В первом параграфе третьей главы «Понятие, виды и особенности нарушений рекламного законодательства» осуществляется рассмотрение правовой природы и особенностей нарушений рекламного законодательства, позволившее сделать вывод о том, что под такими нарушениями следует понимать противоправные действия или бездействие активных субъектов рекламной деятельности (рекламодателя, рекламопроизводителя, рекламораспространителя), совершаемые в нарушение требований, установленных рекламным законодательством, степень общественной опасности которых зависит от конечного результата, выраженного в виде причинения реального вреда интересам, имуществу, жизни и (или) здоровью потребителей рекламы, а также экономике страны в целом, либо создавшего угрозу причинения такого вреда.

При этом в качестве неправомерного акта должен рассматриваться, в частности, любой случай распространения ненадлежащей рекламы. Данное правонарушение посягает на общественный порядок, поскольку соблюдение установленных нормативно-правовыми актами предписаний является одной из приоритетных задач правового регулирования, складывающихся в конкретной сфере общественных отношений. Несоблюдение правовых норм является нарушением само по себе, но при этом степень общественной опасности соответствующего деяния зависит от различных факторов, начиная от сферы общественной деятельности, в которой совершено правонарушение, и заканчивая масштабом негативных последствий, с которыми указанное правонарушение имеет причинно-следственную связь.

Во втором параграфе третьей главы «Проблемы применения положений об ответственности за нарушение рекламного законодательства и законодательства об интеллектуальной собственности при осуществлении рекламной деятельности» отмечается, что для рекламной сферы в основном применима такая мера гражданско-правовой ответственности, как взыскание убытков. В тех случаях, когда речь идет о претензиях, предъявляемых одной из сторон рекламного договора вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения возложенных на другую сторону договорных обязательств, можно говорить о применимости всего арсенала мер гражданско-правовой ответственности, однако именно возмещение убытков в любом случае занимает ключевое место среди предусмотренных гражданским законодательством способов защиты гражданских прав. Вместе с тем следует признать, что в настоящее время, как показывает практика, в рекламной сфере доминирующей остается административная ответственность, предусмотренная Федеральным законом «О рекламе» и Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях. Обосновывается вывод о том, что относительно низкая эффективность применения административного законодательства объясняется, прежде всего, недостаточностью гибкости и простоты процедуры привлечения

нарушителей к административной ответственности. При этом само по себе повышение штрафов не может гарантировать положительного эффекта, поскольку преобразования в большей степени должны касаться не параметров штрафных санкций, а системы мер общественно-социального воздействия и совершенствования процессуального порядка привлечения к ответственности.

В работе анализируется также институт контррекламы, который является относительно новым для российского рекламного законодательства. Смысл контррекламы заключается в опровержении ненадлежащей рекламы в целях нивелирования негативных последствий, вызванных такой рекламой. Обязанность публичного опровержения появляется у правонарушителя в том случае, если установлен факт нарушения рекламного законодательства, и реклама признана ненадлежащей.

Государство через принимаемые и реализуемые законодательные и иные нормативные правовые акты, посредством деятельности контролирующих и регулирующих органов воздействует на участников рекламной деятельности, в частности, устанавливая юридическую ответственность, к которой привлекаются лица, нарушившие закон. Привлечение правонарушителей к юридической ответственности выполняет важнейшие задачи частной и общей превенции, пресечения и предотвращения нарушений в рекламной сфере.

Особую проблему составляет также порядок определения размеров компенсации за нарушения исключительных прав на используемые в рекламе произведения, исполнения, фонограммы. Анализируются проблемы, выявленные на основании рассмотрения существующей судебной практики, и предлагаются решения, направленные на ограничение возможности формального применения положений статьи 1301 ГК РФ, приводящего к неоправданному завышению присуждаемой компенсации до уровня, на несколько порядков превышающего возможные убытки правообладателя или

размер вознаграждения, которое правообладатель получил бы при обычных условиях использования произведения.

Автором сформулированы и обоснованы предложения, направленные на совершенствование правовой регламентации, включая обеспечение запрета использования скрытой рекламы, расширение сферы ответственности рекламораспространителя и решение ряда иных актуальных вопросов.

В **заключении** подводятся итоги исследования, формулируются обобщенные теоретические выводы и предложения по совершенствованию законодательства Российской Федерации и практики его применения.

Основные результаты диссертационного исследования отражены в следующих публикациях автора общим объемом 2,6 п.л.:

В изданиях, включенных в перечень ведущих рецензируемых научных журналов, рекомендованных ВАК при Министерстве науки и высшего образования Российской Федерации:

1. Каменский М.А. Реклама как правовое явление в российской практике // Научное обозрение. Серия 2. Гуманитарные науки. 2014. № 2. – С. 128-136. (0,5 п.л.)

2. Каменский М.А. Интернет-реклама: к вопросу о генезисе и актуальных проблемах правового регулирования // Научное обозрение. Серия 1. Экономика и право. 2014. № 3. – С. 141-148. (0,5 п.л.)

3. Каменский М.А. Социальная реклама в российском законодательстве // Вестник РГГУ. Серия «Юридические науки». 2014. № 9. – С. 164-170. (0,35 п.л.)

4. Каменский М.А. Понятия рекламы и рекламной деятельности как объектов гражданско-правового регулирования // Научное обозрение. Серия 1. Экономика и право. 2017. № 6. (0,45 п.л.)

5. Каменский М.А. Проблемы реализации и защиты интеллектуальных прав при осуществлении рекламной деятельности // Копирайт. Вестник

Российской академии интеллектуальной собственности. 2018. № 2. – С. 130 – 137. (0,45 п.л.)

В иных изданиях:

6. Каменский М.А. Правовое регулирование Интернет-рекламы в Российской Федерации // Сборник трудов XV Международной научной конференции «Правовая реформа в современной России: опыт и перспективы» (Москва, 16 апреля 2015 г.). М., 2015. (0,35 п.л.)