КАК РАЗЛИЧИТЬ *PRODUCT PLACEMENT* И СКРЫТУЮ РЕКЛАМУ?

В деле № А40-29532/10-51-214 ОАО «Жировой комбинат» (далее — комбинат) обратилось к ООО «Централ Партнершип» (далее — общество) с требованием о взыскании средств, уплаченных по договору, и процентов за пользование чужими денежными средствами.
Между сторонами был заключен договор, в соответствии с которым комбинат обязывался сделать спонсорский вклад в производство художественного фильма под рабочим названием «Ермоловы. Яблоки из райского сада», а общество обязывалось оказать комбинату услуги по размещению информации о нем и использовать в фильме продукцию, предоставляемую спонсором. Во исполнение указанного договора комбинат уплатил обществу спонсорский взнос. Фильм выпущен не был.
Ссылаясь на то, что по условиям договора в случае необнародования или неразмещения фильма на одном из телеканалов в течение 12 месяцев со дня окончания его производства общество должно возвратить спонсорский взнос, комбинат обратился с иском в Арбитражный суд г. Москвы.
Суд признал договор недействительным, сославшись на его несоответствие условиям ч. 9 ст. 5 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), содержащей запрет на использование в кинопродукции скрытой рекламы. В возврате уплаченных денег было отказано в связи с фактическим оказанием услуги. Апелляционная инстанция оставила без изменения данное решение.
Однако ФАС Московского округа направил дело на новое рассмотрение, указав следующее.
В силу ч. 9 ст. 5 Закона о рекламе под скрытой рекламой понимается реклама, которая оказывает не осознаваемое потребителями воздействие, в том числе путем использования специальных видеовставок (двойной звукозаписи) и иными способами. Однако п. 9 ст. 2 Закона о рекламе исключает из-под данного запрета упоминания о товаре и изготовителе, которые органично интегрированы в произведения науки, литературы или искусства и сами по себе не являются сведениями рекламного характера.
На основании этих норм суд кассационной инстанции выявил следующие недостатки в отмененных судебных актах.

1. Не установлено, что согласованный сторонами способ размещения информации о комбинате и использования его продукции в фильме направлен именно на оказание неосознаваемого воздействия на потребителя.
2. Не указано, что договор содержит условие об использовании технических средств.
3. Не решен вопрос, органично ли интегрирована в фильм информация о комбинате и его продукции.

Также ФАС Московского округа пришел к интересному выводу о том, что в качестве скрытой рекламы может рассматриваться размещение информации о продукте, непосредственная реклама которого запрещена или ограниченна. Целью интегрирования информации о таком продукте в радио-, теле-, видео-, аудио- и кино- или другую продукцию будет являться обход установленных законодателем ограничений или запретов в отношении «прямой» рекламы.

Loaded: 02-06-2024 AMt 00:44:37

КОММЕНТАРИЙ ЭКСПЕРТА

Измайлова Евгения Владимировна, доцент кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук:

— Комментируемое постановление кассационной инстанции оставляет двойственное впечатление. С одной стороны, можно с радостью констатировать, что суд совершенно справедливо отмечает, что согласно ч. 9 ст. 5 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе) скрытая реклама воздействует на сознание потребителя помимо его воли при помощи специальных технических средств.

С другой стороны, направляя дело на новое рассмотрение, суд явно пытается дать расширительное толкование норм Закона о рекламе: «В качестве скрытой рекламы также может рассматриваться размещение информации о продукте, непосредственно реклама которого запрещена или ограничена. Целью интегрирования информации о таком продукте <...> будет являться обход установленных законодателем ограничений или запретов в отношении „прямой“ рекламы, что нарушает права потребителей».

Попробуем разобраться в терминологии и прежде всего выяснить, что является прямой и скрытой рекламой.

Ныне действующий Закон о рекламе 2006 г. в общем регулирует отношения, связанные с распространением так называемой традиционной рекламы — рекламы в СМИ, наружной рекламы, рекламы на транспорте и т.д., устанавливает общие и специальные требования к рекламе. В частности, прямо запрещает скрытую рекламу — рекламу с 25-м кадром, двойной звукозаписью. Эти недобросовестные приемы использовались ранее (к примеру, в жесткой конкурентной борьбе двух мировых гигантов: компаний *Coca-Cola* и *PepsiCo* в прошлом веке).

Однако современные потребители давно выработали своеобразный иммунитет в отношении такой традиционной, прямой рекламы, поэтому коммерсанты во всем мире на протяжении десятилетий активно используют иные способы продвижения товаров на рынок, средства привлечения внимания к товару, работе, услуге, средству индивидуализации. Среди таких маркетинговых инструментов можно назвать стимулирующие мероприятия (скидки, денежные вознаграждения, купоны, бонусы, призы и т.п.), личные продажи, прямой маркетинг, всевозможные программы лояльности клиентов, упаковка, спонсорство и, наконец, пресловутый продакт плейсмент, вокруг которого и разгорелся судебный спор «Централ Партнершип» и ОАО «Жировой комбинат».

Вышеперечисленные средства маркетинговых коммуникаций в просторечии можно назвать скрытой рекламой, но только не применительно к толкованию норм Закона о рекламе.

В контексте комментируемого судебного акта представляется возможным привести ряд положений из весьма авторитетного источника — Консолидированного кодекса Международной торговой палаты (МТП) «Практика рекламы и маркетинговых коммуникаций». В этом документе содержатся специальные главы, посвященные различным средствам маркетинговых коммуникаций: глава *A* «Стимулирование сбыта»; глава *B* «Спонсорство»; глава *C* «Директ-маркетинг»; глава *D* «Реклама и маркетинговая коммуникация с использованием электронных средств массовой информации и телефона».

Loaded: 02-06-2024 AMt 00:44:37

Глава *B* применяется ко всем формам спонсорства, относящимся к корпоративному имиджу, брендам, товарам, деятельности или мероприятиям любого вида. Она включает спонсорство коммерческих и некоммерческих организаций. Глава не применяется к размещению товаров (продакт плейсмент) или привлечению финансов (фандинг), которые не имеют коммерческой цели, таких как пожертвование, дар (донейшн) или патронаж, кроме случаев, когда в них присутствует элемент спонсорства.

В Консолидированном кодексе МТП содержатся следующие определения.

- Термин «пожертвование» и «патронаж» означает формы *альтруизма* (выделено мной. — *Е.И.*), которые предусматривают предоставление денег или товаров при ограничении выгоды, признания или коммерческого дохода или в их отсутствии.
- Термин «размещение товара» (продакт плейсмент) означает включение товара так, что он изображается в программе, обычно *за плату или иное ценное удовлетворение* (выделено мной. — *Е.И.*) продюсеру программы или лицензиату.
- Термин «спонсорство» означает любое коммерческое соглашение, по которому спонсор для взаимной выгоды спонсора и спонсируемой стороны на основе договора предоставляет финансовую или иную поддержку, с тем чтобы создать ассоциацию между репутацией, брендами и товарами спонсора и спонсируемой стороной в обмен на право продвижения этой ассоциации и/или предоставления определенно согласованных прямых или косвенных выгод.

Таким образом, в мировой практике недвусмысленно разграничиваются реклама и иные средства маркетинговых коммуникаций, которые не называются скрытой рекламой, а имеют собственную терминологическую поддержку.

Закон РФ о рекламе упоминает продакт плейсмент: согласно подп. 9 п. 2 ст. 2 положения Закона о рекламе не распространяются на упоминания о товаре, средствах его индивидуализации, об изготовителе или о продавце товара, которые органично интегрированы в произведения науки, литературы или искусства и сами по себе не являются сведениями рекламного характера.

Подведем некоторые итоги. Согласно п. 2 ст. 421 ГК РФ стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. Следовательно, стороны вправе заключить соглашение о продакт плейсмент. Если благодаря профессионализму и таланту изготовителей (авторов) произведения упоминание о товаре, средстве его индивидуализации и т.п. в произведении науки, литературы и искусства окажется органично интегрированным, на такое упоминание о товаре не распространяются нормы Закона о рекламе.

Если же творческая работа проведена топорно и становится очевидным, что упоминание о товаре в произведении носит рекламный характер, на неумелый продакт плейсмент распространяется действие Закона о рекламе. Это, однако, не переводит соответствующие отношения в скрытую рекламу и не влияет на действительность заключенного соглашения о продакт плейсмент.

Приведенный в постановлении ФАС МО пример скрытой рекламы (размещение информации о продукте, непосредственно реклама которого запрещена или ограничена), на мой взгляд, является ярчайшим примером злоупотребления правом — ст. 10 ГК РФ (кстати, в проекте ГК РФ содержится формулировка «действия в обход закона» как злоупотребления правом), но никак не скрытой рекламой, которая запрещена действующим законодательством.

В заключение хотелось бы выразить пожелание российским судьям быть более аккуратными в употреблении профессиональной терминологии и не увлекаться чрезмерно расширительным толкованием норм законодательства.

Loaded: 02-06-2024 AMt 00:44:37

КОММЕНТАРИЙ ЭКСПЕРТА

Семушина Ольга Васильевна, юрист АБ «Егоров, Афанасьев, Пугинский и партнеры»:

— Главным образом комментируемые судебные акты посвящены проблеме правовой оценки широко известного на Западе и нового, активно развивающегося в России метода ведения рекламного бизнеса — продакт плейсмент (англ. *product placement*). Указанный метод заключается в размещении в художественных фильмах информации об определенных товарах в рекламных целях.

Три судебные инстанции попытались разобраться с указанным институтом, оценить его на предмет правомерности, в том числе найти критерии соотношения с институтом скрытой рекламы.

Product placement

Часто у используемого в художественных фильмах, телепередачах и т.п. реквизита существует аналог в виде определенного реального товара. Популярность того или иного фильма обусловливает и популярность используемого в нем реквизита. Еще в середине прошлого века на эту зависимость обратили внимание в США. Так в общих чертах можно описать возникновение договора в отношении размещения рекламы товара в фильмах, телепередачах, музыкальных клипах и т.п. — *product placement agreement*.

В США условие договора о рекламируемом товаре подгоняется под существующий сценарий. По общему правилу сценарий не подлежит изменению под конкретный товар, который надлежит рекламировать, договор не подразумевает условия, что под конкретный товар должна быть написана отдельная, самостоятельная сцена фильма. Например, согласно сценарию главный герой пьет молоко за завтраком: согласно договору это может быть молоко конкретного производителя — стороны договора. В США при создании фильма подписывается несколько договоров о *product placement*, что позволяет как аккумулировать бюджет для создания фильма, так и диверсифицировать риски инвесторов от неполучения прибыли вследствие провала фильма в прокате.

Скрытая реклама

Исходя из буквального толкования ч. 9 ст. 5 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе) главным признаком отнесения рекламы к скрытой является установление факта, что имеется неосознаваемое воздействие рекламы на сознание потребителя. Таким образом, законодатель подчеркивает, что правовой оценке подлежит технический метод рекламирования товара: именно вследствие используемого запрещенного метода потребитель не должен понимать, что это реклама. Запрещенными методами выступают использование двойной звукозаписи, 25-й кадр и иные варианты технического воздействия на подсознание человека. В большинстве стран мира скрытая реклама в таком виде запрещена.

Судом кассационной инстанции справедливо указано, что в обсуждаемом случае при новом рассмотрении дела подлежат оценке «согласованный сторонами в договоре способ размещения информации о комбинате и использования его продукции в фильме <...> и <...> условия об использовании специальных технических средств для размещения информации о комбинате и использования его продукции в фильме».

Loaded: 02-06-2024 AMt 00:44:37

При этом мы не можем согласиться с выводом суда, согласно которому «в качестве скрытой рекламы также может рассматриваться размещение информации о продукте, непосредственная реклама которого запрещена или ограниченна». В данном случае суд допускает смешение понятий: договор оказания рекламных услуг в отношении товара, реклама которого не допускается или ограничена законом, будет скорее являться договором, заключенным в нарушение запрета закона, а к скрытой рекламе по смыслу Закона о рекламе не будет иметь никакого отношения.

Соотношение *product placement* и скрытой рекламы

Как мы видим из приведенного описания институтов, специфика *product placement* определяется сферой размещения рекламы, тогда как специфика скрытой рекламы определяется применяемыми при размещении рекламы техническими методами. Таким образом, указанные институты могут пересекаться только в одной точке: когда при размещении *product placement* используются запрещенные технические приемы, направленные на неосознаваемое воздействие рекламы на сознание потребителя. Если при новом рассмотрении дела суд первой инстанции установит факт использования запрещенных технических методов, специально воздействующих на подсознание потребителя, договор должен быть признан ничтожной сделкой. Если же будет установлено обратное, правовых препятствий рассмотреть и разрешить дело по существу заявленных требований мы не видим.

***Product placement* и Закон о рекламе**

Комментируемое постановление суда кассационной инстанции указывает нижестоящим судам рассмотреть вопрос о применимости Закона о рекламе к спорным правоотношениям. В законе, как и в специальной литературе, прямого ответа на этот вопрос нет.

В силу п. 9 ст. 2 Закона о рекламе его действие не распространяется на упоминания о товаре, средствах его индивидуализации, об изготовителе или о продавце товара, которые органично интегрированы в произведения науки, литературы или искусства и сами по себе не являются сведениями рекламного характера.

В спорном случае (как и в подавляющем большинстве подобных случаев) размещение товаров в художественном фильме является скорее рекламой. Поскольку мы рассматриваем институт *product placement* как рекламу, считаем необходимым распространить на указанные отношения действие Закона о рекламе. Нормы данного Закона защищают права и законные интересы потребителей рекламы, в том числе несовершеннолетних. В противном случае *product placement* может быть использован для обхода запретительных норм, например реклама алкоголя и т.п.

Однако наш вывод о распространении Закона о рекламе на *product placement* все же не в полной мере основан на нормах действующего законодательства. Законом о рекламе предусмотрены особенности отдельных способов распространения рекламы, при этом в отношении специфики размещения рекламируемых товаров в художественных фильмах, телепередачах и т.п. посредством *product placement* специальных правил нет. Указанный пробел может быть восполнен только законодателем, в противном случае нормы-запреты будут распространены на гражданско-правовые отношения, что ограничит свободу договора.

Loaded: 02-06-2024 AMt 00:44:37