

Е.А. СВИРИДОВА,  
кандидат юридических наук,  
доцент кафедры  
«Гражданское право»  
ФГОБУ ВПО  
«Финансовый университет  
при Правительстве  
Российской Федерации»

E.A. SVIRIDOVA,  
the candidate of jurisprudence,  
the associate professor  
«Civil law» ФГОБУ  
of VPO «Financial university  
at the Government  
of the Russian Federation»

## РЕКЛАМА КАК ОБЪЕКТ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Реклама как общественное явление может рассматриваться в различных аспектах, среди которых важное место занимает правовой аспект. С точки зрения права понятие рекламы также многогранно.

Ключевые слова: реклама, рекламная продукция, контрафакт, средство массовой информации, произведение искусства, информация, торговая марка, бренд, интеллектуальная собственность, авторское право.

## ADVERTISING AS OBJECT OF INTELLECTUAL PROPERTY

Advertising as the public phenomenon can be considered in various aspects among which an important place occupies legal aspect. From the point of view of the right concept of advertising also many-sided.

Keywords: advertising, advertising production, counterfeit, mass media, work of art, information, trademark, brand, intellectual property, copyright.

На протяжении многих лет делались попытки дать наиболее четкое и ясное понятие рекламы как правового явления. Некоторые из этих разработок нашли отражение в действующем законодательстве. Однако оно до сих пор не дает удовлетворительных ответов на вопрос о том, что же понимается под рекламой как правовым явлением, что позволяет отграничить ее от смежных и близких к ней понятий.

Надо сказать, что попытки выработки понятия «реклама» неоднократно предпринимались в науке. Одни авторы выделяют рекламу в широком и узком смысле<sup>1</sup>. Другие, понятие «реклама» и «рекламная информация» отождествляют и рассматривают как синонимы<sup>2</sup>. Но и в том, и в другом случае происходит

смешение содержаний данных понятий, что не только не решает проблему по существу, но и является затруднением на пути к этому решению.

Очевидно, что понятие рекламы весьма близко к понятию информации, но вместе с тем имеет и отличительные особенности. И здесь можно вспомнить выражение В.И. Иванова о том, что «реклама – всегда информация, но информация не всегда реклама»<sup>3</sup>. Реклама – разновидность информации. Общность этих понятий заключается в том, что оба они представляют собой деятельность по распространению определенных данных. А отличие проявляется: в области применения (реклама в предпринимательской деятельности, а информация в любой области) и соответственно в цели; в характере деятельности (добровольный в рекламе и возможно принудительный в информации); в направленности воздействия (на неопределенный круг лиц в рекламе и на всех в информации).

Закон Российской Федерации «О рекламе» от 13 марта 2006 года №38-ФЗ<sup>4</sup> указывает в статье 3, что реклама – это «информация, 1) распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств; 2) адресованная неопределенному кругу лиц; 3) направленная

<sup>1</sup> См., например: *Завидова С.С., Крючкова П.В., Павловец Е.В., Сорк Д.М., Янин Д.Д.* Российское законодательство о рекламе: Практический комментарий. М., 1997. С.12; *Черячукин Ю.В.* Правовое регулирование рекламной деятельности в Российской Федерации и зарубежных государствах (опыт сравнительного исследования). Дисс. на соискание уч. степени к.ю.н. Волгоград, 1998. С.10

<sup>2</sup> См., например: *Вольдман Ю.Я.* Комментарий закона Российской Федерации «О рекламе». М., 1998. С.17; *Белоусова Е.Г., Василенкова И.И., Давыдова С.А., Кобзарь С.Н., Коковихин Ю.В., Кузнецова О.Б., Пузыревский С.А., Фонарева Н.Е.* Правовое регулирование рекламной деятельности: Комментарии и законодательство. М., 2001. С.14 и далее; *Медянцева Е.В.* Правовое регулирование рекламной информации. Дисс. на соискание уч. степени к.ю.н. М., 2002. С.4 и далее.

<sup>3</sup> *Иванов В.И.* Правовые проблемы рекламы в СССР. Дисс. на соискание уч. степени к.ю.н. М., 1979. С.26-27.

<sup>4</sup> Федеральный закон РФ «О рекламе» от 13 марта 2006 года №38-ФЗ. Российская газета (Федеральный выпуск) №4017 от 15 марта 2006 года.

на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Если подвергнуть имеющуюся дефиницию буквальному толкованию, то получится, что распространяемый тем или иным средством массовой информации материал об успехах какого-нибудь начинания или информация о хорошем качестве товара, услуге подпадает под признаки рекламы со всеми вытекающими из этого последствиями. Более абсурдной получится ситуация в том случае, если художественным замыслом авторов визуального произведения искусства (кинофильм, клип, картина и т.п.) будет использование какой-либо торговой марки, фирменного наименования юридического лица (так называемый *product placement*), что, согласно пп.9 п.2 ст.2 ФЗ «О рекламе» не будет являться сведениями рекламного характера, но по формальным основаниям все же должно признаваться рекламой, так как содержит все законные признаки таковой. Сложившаяся ситуация лишает ясности правовое регулирование, что создает существенные сложности в работе судебных и контролирующих органов<sup>5</sup>.

Анализ действующего законодательства о рекламе показал, что не существует четких критериев, позволяющих отличить информацию рекламного характера от информации, не относящейся к рекламе. Ру-

<sup>5</sup> Рак В.В. К вопросу о понятии рекламы (юридический аспект). Журнал «Реклама и право» №1(4)/2005г.

ководствуясь законодательным определением рекламы, практически любые сообщения в СМИ о деятельности каких-либо предприятий можно считать их рекламой, поскольку они соответствуют признакам понятия «реклама». Такая неоднозначная ситуация подтверждается многочисленными решениями правоприменительных органов и принятие нового закона «О рекламе» ситуацию не изменило.

В связи с этим, Минфин России высказал две точки зрения.

Согласно Письму от 31.01.2006 № 03-03-04/1/66<sup>6</sup> публикация в неспециализированных средствах массовой информации, содержащая сведения о деятельности общества, реализуемых товарах, стратегии, имидже, осуществленная по инициативе этого общества с взиманием платы за ее размещение, при отсутствии пометки «на правах рекламы» не признается рекламной и при налогообложении прибыли организации не должны учитываться<sup>7</sup>.

Противоположное мнение Минфин России высказал в своем Письме от 11.01.2006 № 03-03-04/2/2<sup>8</sup>. Организация вправе учесть при налогообложении прибыли расходы в виде оплаты за размещение в СМИ информации, в частности об услугах

<sup>6</sup> СПС КонсультантПлюс.

<sup>7</sup> См., также: Постановление ФАС Поволжского округа от 16.06.2005 по делу № А55-10934/04-1 // СПС КонсультантПлюс; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 28.10.2004 № А26-4146/04-213 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>8</sup> СПС КонсультантПлюс.

банка, их качестве, деловой репутации, в составе расходов на рекламу. Публикация в СМИ интервью с клиентами банка, которые рассказывают об услугах банка, их качестве, деловой репутации банка, отзывах клиентов об оказываемых банком услугах, его начинаниях, высоком уровне обслуживания клиентов, деловой репутации банка является рекламой<sup>9</sup>.

В этой связи предлагается рассматривать рекламу как объект интеллектуальной собственности. В отношении отдельных видов рекламы правоприменительная практика уже придерживается такого подхода. Так, ФАС Московского округа в Постановлении от 19.01.2010 № КГ-А41/13081-09 по делу № А41-11030/09 счел, что к объектам авторского права было справедливо отнести рекламный слоган как составляющий объект рекламы. При этом суд указал, что не любой рекламный слоган может быть объектом авторского права, а только тот, который обладает всеми признаками, присущими с точки зрения закона авторскому произведению: творческим характером, оригинальностью и неповторимостью, - а также выражается в какой-либо объективной форме (письменной, в форме изображения, звуко- или видеозаписи, в объемно-пространственной форме или др.)<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> См., также: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 03.04.2007 по делу № А05-8063/2006-13// СПС КонсультантПлюс.

<sup>10</sup> СПС КонсультантПлюс.

В п. 3 ст. 5 Закона о рекламе говорится о том, что реклама, содержащая не соответствующие действительности сведения об исключительных правах на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации признается недостоверной. Законодатель установил требование о соблюдении законодательства об авторском праве и смежных правах при производстве, размещении и распространении рекламы. Однако, следует признать отсутствие в законе «О рекламе» норм, закрепляющих за рекламой статус объекта авторского права.

Несмотря на то, что в статье 1259 ГК РФ, реклама не перечислена в составе перечня произведений, являющихся объектами авторского права, следует помнить, что этот перечень не закрыт и относит к объектам авторского права и «другие произведения». П. 6 статьи 1259 ГК РФ, в котором приведен исчерпывающий перечень произведений, не являющихся объектами авторского права, не называет рекламу в их числе, что также может служить доказательством отнесения рекламы к объектам авторского права. Естественно, если сообщение не выражено в оригинальной форме, а лишь извещает о достоинствах товара, то оно соответственно не будет являться объектом охраны авторского права. Однако, на наш взгляд, в этом случае не приходится говорить о рекламе. При данных условиях это всего лишь информационное (пояснительное) сообщение, а как следует из п. 6 статьи 1259 ГК РФ не являются объектами ав-

торского права сообщения о событиях и фактах, имеющие исключительно информационный характер.

Одним из составляющих права интеллектуальной собственности является патентное право. В отличие от объектов авторского права, изобретения, полезные модели и промышленные образцы, как решения определенных практических задач в принципе повторимы, они могут быть созданы независимо друг от друга самостоятельно, разными лицами и поэтому требуют формально-го официального закрепления.

Для признания представления объектом патентного права необходимо, чтобы оно отвечало всем условиям патентоспособности объектов промышленной собственности, важнейшими из которых являются их новизна и промышленная применимость. Примеров творческих решений – изобретений, полезных моделей, промышленных образцов в области рекламы масса. Так, летом 2007 года в центре Окленда был размещен огромный билборд с сообщением: «Это послание самоуничтожится через», внизу которого были вмонтированы электронные часы, ведущие обратные отсчет времени. – Как только часы показали 00 часов 00 минут до взрыва, рекламный щит взорвался. За взрывом можно было наблюдать как в реальности, так и в сети Интернет на официальном сайте курьерской компании Deadline Couriers. Таким оригинальным способом компания пыталась донести до потребителя свое главное кредо: выполнение принятых на себя обязательств по доставке точно в срок. Из-

вестные производитель фаст-фуда, компания McDonald's, рекламировала себя с помощью наружной рекламы конструкции, выполненной в форме гигантского яйца, которое раскрывалось с первыми лучами солнца, анонсируя завтраки в сети. Подчас реклама может быть шокирующей. Так, в Новой Зеландии на протяжении трассы с самым высоким показателем смертности в период дождей был установлен билборд, на котором крупным планом было изображено лицо ребенка. Всякий раз с наступлением дождя, капли воды приводили в действие специальный механизм, спрятанные внутри рекламного щита, благодаря чему глаза малыша начинали кровоточить. Надпись на билборде сообщала о необходимости соблюдать осторожность при движении во время дождя и учитывать погодные условия<sup>11</sup>.

Пункт 1 статьи 1225 ГК РФ содержит исчерпывающий перечень средств индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана на основании и в порядке, предусмотренных частью четвертой ГК РФ.

Профессор И.А. Зенин в учебнике по гражданскому праву в качестве важной функции товарного знака называет рекламную функцию: «Товарный знак, маркирующий хорошо зарекомендовавший себя товар, делает ему рекламу, повышает репутацию производителя, увеличивает объем сбыта товаров и размеры при-

<sup>11</sup> Материалы взяты с сайта [www.adme.ru](http://www.adme.ru).

были»<sup>12</sup>. Схожую точку зрения отстаивает в своей диссертации В.И. Иванов. Согласно его мнению, право на фирменное наименование и товарный знак (знак обслуживания) сходно по своей правовой природе с правом на рекламу, более того, и фирменное наименование, и товарный знак есть одни из самых совершенных средств рекламы<sup>13</sup>. Другими словами, без массового рекламирования, распространения и убеждения указанные объекты все равно выполняют рекламную функцию<sup>14</sup>.

Не придерживаясь обозначенной выше точки зрения, заметим, что реклама популяризирует не только рекламируемый товар, но и зарегистрированный за ним товарный знак, и при этом также является средством индивидуализации производителя и рекламируемой им продукции, вызывая у потребителей стойкий ассоциативный ряд: реклама – товар – фирма-производитель – реклама – узнаваемость, известность, популярность.

Объекты интеллектуальной собственности могут быть объектом рекламирования. При этом сама реклама является самостоятельным объектом интеллектуальной соб-

ственности и может выступать в трех ипостасях: как объект авторского права, объект патентного права и как средство индивидуализации. А, так как все объекты интеллектуальной собственности являются объектами гражданских прав, то, признавая рекламу результатом интеллектуальной деятельности и (или) средством индивидуализации, следует признать ее и объектом гражданских прав. При этом реклама будет выступать в качестве нематериального объекта, права на который могут передаваться по правилам части 4 ГК РФ.

#### Библиографический список:

1. Белоусова Е.Г., Василенкова И.И., Давыдова С.А., Кобзарь С.Н., Коковихин Ю.В., Кузнецова О.Б., Пузыревский С.А., Фонарева Н.Е. Правовое регулирование рекламной деятельности: Комментарии и законодательство. М., 2001. С.14.
2. Вольдман Ю.Я. Комментарий закона Российской Федерации «О рекламе». М., 1998. С.17.
3. Гражданское право: В 2 т. Том 1: Учебник / Отв. ред проф. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство «БЕК», 1998. С. 711.
4. Завидова С.С., Крючкова П.В., Павловец Е.В., Сорк Д.М., Янин Д.Д. Российское законодательство о рекламе: Практический комментарий. М., 1997. С.12.
5. Иванов В.И. Правовые проблемы рекламы в СССР. Автореф. дисс. на соиск. уч. степ. к.ю.н. М., 1979. С. 5, 10.
6. Иванов В.И. Правовые проблемы рекламы в СССР. Дисс. на соискание уч. степени к.ю.н. М., 1979. С.26-27.
7. Медянцева Е.В. Правовое регулирование рекламной информации. Дисс. на соискание уч. степени к.ю.н. М., 2002. С.4.
8. Постановление ФАС Поволжского

<sup>12</sup> Гражданское право: В 2 т. Том 1: Учебник / Отв. ред проф. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство «БЕК», 1998. С. 711.

<sup>13</sup> Иванов В.И. Правовые проблемы рекламы в СССР. Автореф. дисс. на соиск. уч. степ. к.ю.н. М., 1979. С. 5, 10.

<sup>14</sup> Рак В.В. К вопросу о понятии рекламы (юридический аспект). Журнал «Реклама и право». №1 (4)/2005.

округа от 16.06.2005 по делу № А55-10934/04-1 // СПС КонсультантПлюс; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 28.10.2004 № А26-4146/04-213 // СПС КонсультантПлюс.

9. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 03.04.2007 по делу № А05-8063/2006-13// СПС КонсультантПлюс.

10. *Рак В.В.* К вопросу о понятии рекламы (юридический аспект) // Реклама и право. № 1. 2005.

11. *Черячукин Ю.В.* Правовое регулирование рекламной деятельности в Российской Федерации и зарубежных государствах (опыт сравнительного исследования). Дисс. на соискание уч. степени к.ю.н. Волгоград, 1998. С.10.