Доклад

Кемеровского УФАС России

к Публичным обсуждениям 4 июля 2019 года

**Порядок согласования антимонопольным органом изменений условий концессионного соглашения. Практика Кемеровского УФАС России**

С 1 мая 2015 года антимонопольный орган обязан согласовывать все изменения существенных условий концессионного соглашения, концедентом в котором является субъект Российской Федерации или муниципальное образование (Пункт 3.8 статьи 13 Федерального закона от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее – Закон о концессионных соглашениях).

В соответствии с частью 1 статьи 43 Закона о концессионных соглашениях для изменения условий концессионного соглашения, объектом которого являются в том числе объекты теплоснабжения, централизованные системы горячего водоснабжения, в том числе условий, изменяемых по соглашению сторон на основании решений органов государственной власти или органа местного самоуправления, определенных на основании решения о заключении концессионного соглашения, конкурсной документации и конкурсного предложения концессионера по критериям конкурса, необходимо согласие антимонопольного органа, полученное в порядке и на условиях, которые установлены Правительством Российской Федерации за исключением случаев, когда такое согласие не требуется.

Постановлением Правительства Российской Федерации от 24.04.2014 № 368 утверждены Правила предоставления антимонопольным органом согласия на изменение условий концессионного соглашения (далее – Правила), устанавливающие порядок получения согласия антимонопольного органа для изменения условий концессионного соглашения, а также основания для согласования либо отказа в согласовании внесения изменений в концессионное соглашение.

Согласно пункту 5 Постановления № 368 для согласования изменений условий концессионного соглашения заявитель (концедент или концессионер) предоставляет в антимонопольный орган:

а) заявление (один экземпляр);

б) текст изменений, предлагаемых к внесению в концессионное соглашение, согласованный концедентом и концессионером;

в) обоснование необходимости изменения условий концессионного соглашения с приложением подтверждающих материалов и документов;

г) решение концедента о заключении концессионного соглашения;

д) концессионное соглашение;

е) конкурсную документацию;

ж) конкурсное предложение концессионера;

з) предварительное согласие органа регулирования цен (тарифов), полученное в порядке, установленном нормативными правовыми актами Российской Федерации в области регулирования тарифов в сфере теплоснабжения, водоснабжения и водоотведения, - в случае, если согласие испрашивается на изменение значения долгосрочных параметров регулирования деятельности концессионера.

В случае несоответствия заявления и документов требованиям Правил, а также непредставления или представления не всех документов, указанных в пункте 5 Правил, заявление подлежит возврату заявителю в течение 7 рабочих дней со дня регистрации в антимонопольном органе с указанием причин возврата.

Кроме того, следует обратить внимание на то, что прежде, чем направить обращение об изменении условий концессионного соглашения в антимонопольный орган, концедентом должен быть согласован с концессионером текст изменений, предлагаемых к внесению в концессионное соглашение, а также указано конкретное основание для изменения условий соглашения, предусмотренное в пункте 2 Правил.

При этом перечень оснований для изменения условий соглашения является исчерпывающим, согласование изменений условий концессионного соглашения осуществляется при наличии указанных в пункте 2 Правил оснований:

а) возникновение обстоятельств непреодолимой силы;

б) вступление в силу нормативных правовых актов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, в связи с которыми:

стороны концессионного соглашения оказываются неспособными выполнить принятые на себя обязательства;

ухудшается положение концессионера по сравнению с тем положением, в котором он находился на момент заключения концессионного соглашения, в результате чего концессионер в значительной степени лишается того, на что был вправе рассчитывать при заключении концессионного соглашения, в том числе в связи с увеличением совокупной налоговой нагрузки, установлением режима запретов и ограничений в отношении концессионера;

в) вступление в законную силу решения суда или федерального антимонопольного органа, которым установлена невозможность исполнения концессионером или концедентом установленных концессионным соглашением обязательств вследствие решений, действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления и (или) их должностных лиц;

г) внесение в установленном порядке изменений в схемы теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения, в связи с которыми стороны оказываются не способными выполнить принятые обязательства (в случае если предметом концессионного соглашения являются объекты теплоснабжения, централизованные системы горячего водоснабжения, холодного водоснабжения и (или) водоотведения, отдельные объекты таких систем);

д) установление регулируемых цен (тарифов), надбавок к ценам (тарифам), по которым концессионер предоставляет потребителям товары, работы, услуги, с применением долгосрочных параметров регулирования деятельности концессионера, которые не соответствуют таким параметрам, предусмотренным концессионным соглашением.

В случае отсутствия оснований, предусмотренных пунктом 2 Правил, антимонопольный орган отказывает в согласовании изменений условий концессионного соглашения (подпункт б) пункта 14 Правил).

Антимонопольный орган также отказывает в согласовании изменений условий концессионного соглашения при установлении одного из следующих случаев:

- если со дня заключения концессионного соглашения и до дня регистрации в антимонопольном органе заявления прошло менее одного года;

- если размер расходов концессионера на создание и (или) реконструкцию объекта концессионного соглашения, определенный на основании конкурсного предложения концессионера и установленный в концессионном соглашении, подлежит уменьшению;

- если объем расходов, финансируемых за счет средств концедента, на использование (эксплуатацию) объекта концессионного соглашения на каждый год срока действия концессионного соглашения, подлежит увеличению;

- если ухудшаются плановые значения показателей надежности, качества, энергетической эффективности объектов централизованных систем горячего водоснабжения, холодного водоснабжения и (или) водоотведения, плановые значения показателей надежности и энергетической эффективности объектов теплоснабжения, плановые значения иных предусмотренных концессионным соглашением технико-экономических показателей этих систем и (или) объектов.

Решение о согласовании либо об отказе в согласовании внесения изменений в концессионное соглашение принимается антимонопольным органом после полной и всесторонней оценки представленной заявителем информации и материалов. Решение антимонопольного органа может быть обжаловано в судебном порядке.

Стоит обратить внимание на то, что принятие актов и осуществление органами власти и управления действий по изменению условий концессионного соглашения без получения согласия антимонопольного органа в случаях, установленных действующим законодательством, могут быть расценены как содержащие признаки нарушения антимонопольного законодательства.

В настоящее время сложилась следующая тенденция: ежегодно возрастает количество обращений органов власти и управления Кемеровской области, поступающих в адрес Кемеровского УФАС России, о согласовании соответствующих изменений в концессионные соглашения.

Так с 1 мая 2015 года в адрес антимонопольного органа поступило всего 20 заявлений: в 2015 году заявлений не поступало, в 2016 году поступило всего 1 заявление, в 2017 – 1, в 2018 – 12 заявлений, в истекшем периоде 2019 года – 6 заявлений.

В процентном соотношении количество согласованных Кемеровским УФАС России заявлений и отказов в согласовании внесения изменений составило 50/50, то есть 10 заявлений были признаны полностью соответствующими требованиям, утв. Постановлением Правительства Российской Федерации от 24.04.2014 № 368, по 10 заявления были подготовлены мотивированные решения об отказе в согласовании внесения изменений в концессию.

**Практика выдачи и оспариваний предупреждений**

Четвертым антимонопольным пакетом (вступил в силу 05.01.2016) был расширен институт предупреждения и распространение его на действия органов власти и местного самоуправления (ст.15), недобросовестную конкуренцию (кроме случаев нарушения исключительных прав) и иные формы злоупотребления доминирующим положением (необоснованное установление различных цен на один товар, создание дискриминационных условий).

Ранее предупреждение выдавалось только за факты злоупотребления доминирующим положением в части навязывания невыгодных условий договора и отказ от заключения договора.

Суть предупреждения: устранение нарушения по выданному антимонопольным органом предупреждению до возбуждения дела, в случае исполнения предупреждения дело о нарушении антимонопольного законодательства не возбуждается, к административной ответственности виновные лица не привлекаются.

В случае неисполнения предупреждения – возбуждается дело, после признания факта нарушения - привлечение к административной ответственности.

В пункте 3 Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.03.2016, также отмечено, что предупреждение отвечает признакам ненормативного правового акта, установленным в части 1 статьи 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, поскольку принято уполномоченным государственным органом на основании статей 22 и 39.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135 - ФЗ «О защите конкуренции» в отношении конкретного хозяйствующего субъекта и содержит властное предписание, возлагающее на общество обязанность и влияющее тем самым на права хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской деятельности. Следовательно, предупреждение антимонопольного органа может быть предметом самостоятельного обжалования в арбитражном суде.

В силу правовой позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в постановлении от 15.04.2014 № 18403/13, Президиума Верховного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 3 Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденного 16.03.2016, судебный контроль при обжаловании предупреждения как при проверке его соответствия закону, так и при оценке нарушения им прав и законных интересов должен быть ограничен особенностями вынесения такого акта, целями, достигаемыми этим актом, соразмерностью предписанных мер и их исполнимостью.

Поскольку предупреждение выносится при обнаружении лишь признаков правонарушения, а не его факта (часть 2 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции), то судебной проверке подлежит факт наличия таких признаков по поступившим в антимонопольный орган информации и документам как основаниям вынесения предупреждения.

Согласно части 2 статьи 39.1 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (далее - Закон о защите конкуренции) предупреждение выдается лицам в случае выявления признаков нарушения антимонопольного законодательства. В соответствии с частью 2 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции принятие антимонопольным органом решения о возбуждении дела о нарушении пунктов 3, 5, 6 и 8 части 1 статьи 10, статьей 14.1, 14.2, 14.3, 14.7, 14.8 и 15 Закона о защите конкуренции без вынесения предупреждения и до завершения срока его выполнения не допускается.

Подход о недопустимости принятия антимонопольным органом решения о возбуждении дела о нарушении по признакам указанных выше нарушений без вынесения предупреждения и до завершения срока его выполнения нашел свое отражение в письме ФАС России N ИА/74666/15 от 24.12.2015 "О применении "четвертого антимонопольного пакета".

Хозяйствующему субъекту должна быть предоставлена возможность исполнения предупреждения в целях избежания привлечения его к публично-правовой ответственности (постановление АС Волго-Вятского округа от 31.03.2016 по делу N А82-2591/2015, решение Апелляционной коллегии ФАС России от 03.05.2018 по жалобе ООО "Инновационные технологии" на решение территориального антимонопольного органа по делу N 08-171/2017).

Согласно позиции Президиума Верховного Суда Российской Федерации, изложенной в Обзоре по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, от 16 марта 2016 года, предупреждение должно содержать:

- выводы о наличии оснований для его выдачи;

- нормы антимонопольного законодательства, которые нарушены действиями (бездействием) лица, которому выдается предупреждение;

- перечень действий, направленных на прекращение нарушения антимонопольного законодательства, устранение причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, устранение последствий такого нарушения;

- разумный срок их выполнения.

**Предупреждение подлежит обязательному рассмотрению лицом, которому оно выдано**, в срок, указанный в предупреждении. Антимонопольный орган должен быть уведомлен о выполнении предупреждения в течение трех дней со дня окончания срока, установленного для его выполнения.

**Целями выдачи предупреждения в соответствии со** **статьей 39.1** **являются:**

- пресечение действий (бездействия), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции и (или) ущемлению интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо ущемлению интересов неопределенного круга потребителей;

- устранение причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, и принятие мер по устранению последствий такого нарушения.

При решении вопроса о необходимости выдачи предупреждения следует иметь в виду, что предупреждение об устранении признаков нарушения антимонопольного законодательства не может быть выдано, если действия (бездействие), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, на момент принятия решения о выдаче предупреждения прекращены.

Вместе с тем, если последствия нарушения продолжают существовать, то антимонопольный орган обязан выдать предупреждение об устранении причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, и о принятии мер по устранению последствий такого нарушения.

**Предупреждение должно обладать признаком исполнимости.**

**При определении разумного срока выполнения предупреждения** следует исходить из того, что хозяйствующему субъекту должно быть предоставлено время для исполнения предупреждения, соразмерное указанным в предупреждении действиям, которые хозяйствующий субъект должен совершить для исполнения предупреждения, **но не менее 10 дней** (часть 5 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции). Поскольку названная норма Закона о защите конкуренции не содержит указания на рабочие дни, установленный в ней срок следует исчислять календарными днями в соответствии со статьями 190, 191 Гражданского кодекса Российской Федерации.

По большей части в практике антимонопольного органа используется указание на срок исполнения предупреждения "в течение 10 дней с момента получения данного предупреждения". При этом, в силу части 3 статьи 54 ГК РФ юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений, доставленных по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, а также риск отсутствия по указанному адресу своего органа или представителя. Сообщения, доставленные по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, считаются полученными юридическим лицом, даже если оно не находится по указанному адресу.

Указанная позиция подтверждается судебной практикой: постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 N 61 "О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с достоверностью адреса юридического лица", постановление АС Северо-Кавказского округа от 17.03.2016 по делу N А32-20844/2015; постановление АС Уральского округа от 29.02.2016 по делу N А60-35313/2015; постановление АС Дальневосточного округа от 10.07.2017 по делу N А04-9709/2016.

Вместе с тем, иные указания срока исполнения предупреждения при обеспечении минимального десятидневного срока также допустимы на практике.

**В случае обращения хозяйствующего субъекта с ходатайством о продлении срока исполнения предупреждения** до его истечения возбуждение дела без рассмотрения по существу заявленного ходатайства может послужить основанием для отмены принятого по результатам рассмотрения такого дела решения (постановление АС Западно-Сибирского округа от 21.12.2015 по делу N А75-3234/2015; постановление АС Московского округа от 01.02.2018 по делу N А40-70986/2017). При поступлении такого ходатайства следует дать оценку его обоснованности, в том числе исходя из наличия/отсутствия объективных причин невозможности исполнения предупреждения в установленный срок, и письменно уведомить заявителя о принятом по ходатайству решении. Ответ по результатам рассмотрения ходатайства должен быть направлен хозяйствующему субъекту до возбуждения дела.

Вопросы оформления решения о продлении срока выполнения предупреждений о прекращении нарушений, связанных со злоупотреблением доминирующим положением, были **раскрыты в** **Разъяснении** **Президиума ФАС России от 07.06.2017 N 8 "О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции".**

Согласно части 5 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции предупреждение подлежит обязательному рассмотрению лицом, которому оно выдано, в срок, указанный в предупреждении. Срок выполнения предупреждения должен составлять не менее чем десять дней.

**По мотивированному ходатайству лица, которому выдано предупреждение, и при наличии достаточных оснований полагать, что в установленный срок предупреждение не может быть выполнено, указанный срок может быть продлен антимонопольным органом.**

Таким образом, в случае, если антимонопольный орган выдал предупреждение о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, и лицо, которому выдано такое предупреждение до истечения срока, установленного в предупреждении, заявило мотивированное ходатайство о продлении срока его выполнения, то антимонопольный орган, рассмотрев такое ходатайство, может принять решение о продлении срока выполнения предупреждения.

Учитывая, что специальная форма для решения о продлении срока выполнения предупреждения положениями Закона о защите конкуренции и Порядка N 57/16 не предусмотрена, такое решение может быть оформлено в виде письма антимонопольного органа с указанием на удовлетворение или частичное удовлетворение ходатайства лица, обратившегося за продлением срока выполнения предупреждения и с обязательным указанием на вновь установленный срок для выполнения предупреждения. Указанное письмо должно быть подписано руководителем антимонопольного органа. В период рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства соответствующее решение о продлении срока исполнения предупреждения должно быть оформлено в виде определения комиссии.

Антимонопольному органу следует учитывать, что ч. 5 ст. 39.1 Закона о защите конкуренции не препятствует повторному обращению хозяйствующего субъекта с ходатайством о продлении срока исполнения предупреждения, в удовлетворении которого не может быть отказано на том лишь основании, что было отказано в удовлетворении первоначального такого ходатайства, если в повторном ходатайстве приводится дополнительное обоснование или приводятся обстоятельства, которые не были приведены в первоначальном ходатайстве.

Для достижения целей выдачи предупреждения антимонопольный орган вправе предоставить по собственной инициативе или по письменному ходатайству хозяйствующего субъекта, которому выдано предупреждение, разъяснения предупреждения, которые не должны выходить за пределы предупреждения и расширять содержащиеся в нем требования.

В случае предоставления разъяснений предупреждения антимонопольному органу срок исполнения предупреждения с учетом характера разъяснений может быть продлен.

При рассмотрении ходатайства о продлении срока исполнения предупреждения и (или) о даче разъяснений вопросов, связанных с исполнением предупреждения, антимонопольный орган оценивает такое ходатайство с точки зрения его разумности, добросовестности, а также на предмет злоупотребления правом со стороны хозяйствующего субъекта, подавшего ходатайство.

В 2018 году **по сферам деятельности** хозяйствующих субъектов, которые были затронуты антиконкурентными актами и действиями (бездействием) органов власти и управления, нарушения статьи 15 Закона о защите конкуренции были выявлены на следующих рынках:

- организации услуг по перевозке пассажиров автомобильным транспортом;

- предоставления прав на размещение нестационарных торговых объектов;

- реализации прав на земельные участки;

- содержания и обслуживания технических элементов, используемых при организации дорожного движения.

В отчетном периоде Кемеровским УФАС России был установлен факт принятия законодательным органом субъекта Российской Федерации нормативного правового акта, вступающего в противоречие с требованиями статьи 15 Закона о защите конкуренции, которым были созданы дискриминационные условия для размещения нестационарных торговых объектов для хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность.

По структуре (видам) выявленные нарушения статьи 15 Закона о защите конкуренции допущенные органами местного самоуправления, их структурными подразделениями, выразились в следующем:

1. В необоснованном предоставлении преимуществ хозяйствующим субъектам путем принятия органом местного самоуправления антиконкурентного нормативного правового акта;

2. В необоснованном препятствовании осуществлению деятельности хозяйствующим субъектам путем принятия приказа, утверждающего муниципальное задание для муниципального бюджетного учреждения;

3. В необоснованном препятствовании осуществлению деятельности хозяйствующим субъектам путем принятия правового акта, устанавливающего незаконно короткий срок для проектирования и строительства многоквартирного дома;

4. В создании для хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность, дискриминационных условий для размещения нестационарных торговых объектов путем принятия органом законодательной власти субъекта РФ антиконкурентного акта.

В 2018 году Кемеровским УФАС России в полном объеме реализовывались меры, направленные на пресечение выявленных нарушений антимонопольного законодательства.

Всего в 2018 году Кемеровским УФАС России органам власти и управления было выдано **17** предупреждений, в связи с наличием в их действиях признаков нарушения статьи 15 Закона о защите конкуренции (в 2017 – 16 предупреждений).

Из 17 выданных предупреждений:

11– выполнено;

2 – в стадии исполнения;

4 предупреждения в установленный срок исполнены не были, в связи с чем было возбуждено 4 дела о нарушении антимонопольного законодательства.

В 2018 Кемеровским УФАС России было выдано **12 предупреждений** о прекращении действий, содержащих признаки нарушения статей 14.1, 14.2, 14.8 Закона о защите конкуренции (в 2017г. - 14 предупреждений):

- статья 14.1 «Запрет на недобросовестную конкуренцию путем дискредитации» - **3** предупреждения, в Арбитражный суд Кемеровской области предупреждения не обжаловались (в 2017г. - **6 предупреждений**, из них 4 предупреждений было обжаловано в Арбитражный суд Кемеровской области (решением Арбитражного суда Кемеровской области 3 предупреждения были признаны законными и обоснованными, 1 предупреждение отменено всеми судебными инстанциями).

- статья 14.2 «Запрет на недобросовестную конкуренцию путем введения в заблуждение» - **1** предупреждение (в 2017г. - **1 предупреждение);**

- статья 14.8 «Запрет на иные формы недобросовестной конкуренции» - **8** **предупреждений** (в 2017г. - 7предупреждений).

В отчетном периоде Кемеровским УФАС России было выдано **4** предупреждения о перечислении дохода в бюджет:

- АО «Альфастрахование» от 24.04.2018 - в сумме 559 470, 10 рублей (дело № 20/А-14.8-2018 - решение, предписание о перечислении в бюджет, 559 470, 10 рублей уплачено).

- ООО Страховая компания «Сибирский дом страхования» от 26.04.2018 в сумме 507 194, 47 рублей - обжаловано в Арбитражный суд Кемеровской области (дело № 21/А-14.8-2018 приостановлено, до вступления в силу судебного акта). **Решением Арбитражного суда Кемеровской области, постановлением Седьмого арбитражного апелляционного суда предупреждение Кемеровского УФАС России признано законным и обоснованным (дело № А27-10275/2018).**

- ЗАО «Московская акционерная страховая компания» от 29.05.2018 в сумме 353 801, 04 рублей (сумма уплачена).

- АО «Альфастрахование» от 29.05.2018 - в сумме 149 158, 02 рублей (сумма уплачена).

Практика Кемеровского УФАС России показала, что изменения в части расширения оснований для выдачи предупреждений значительно снизило временные, материальные затраты, а также нагрузку на хозяйствующих субъектов (индивидуальных предпринимателей), антимонопольный орган и оказалось эффективным, поскольку в большинстве случаев нарушения антимонопольного законодательства устраняются в добровольном порядке.

**Правоприменительная практика управления в сфере рекламного законодательства**

Статистика:

- в первом полугодии 2018г. было рассмотрено: 114 обращений, 59 дел, выдано 16 предписаний, 28 нарушений устранено в добровольном порядке, 2 решения были обжалованы, из них 1 отменено.

- в первом полугодии 2019г. было рассмотрено: 89 обращений, 81 дело, выдано 28 предписаний, 38 нарушений устранено в добровольном порядке, 2 решения Кемеровского УФАС России обжалованы (решениями Арбитражного суда по Кемеровской области данные решения признаны законными и обоснованными, в настоящее время ответчиками поданы апелляционные жалобы).

**Структура нарушений каждый год имеет свои особенности:**

 В первом полугодии 2019 года часто встречающиеся нарушения законодательства о рекламе приходятся на рекламу алкогольной продукции и рекламу без разрешения органов местного самоуправления.

 В первом полугодии 2019 года возросло количество дел по нарушениям пункта 5 части 2 статьи 21 Федерального закона о рекламе (в первом полугодии 2018 - 1 дело), согласно которой реклама алкогольной продукции не должна размещаться с использованием технических средств стабильного территориального размещения (рекламных конструкций), монтируемых и располагаемых на крышах, внешних стенах и иных конструктивных элементах зданий, строений, сооружений или вне их.

**Кемеровским УФАС России по данной норме было рассмотрено 6 дел** (1 дело было прекращено, вынесено 4 решения без выдачи предписаний, 1 решение с выдачей предписания об устранении нарушений (находится в стадии исполнения)**.**

**В настоящее время 6 дел находится в процессе рассмотрения.**

 В первом полугодии 2019 года возросло количество дел по нарушениям части 9 статьи 19 Федерального закона о рекламе (в 1 полугодии 2018 г. - 1дело), согласно которой установка и эксплуатация рекламной конструкции допускаются при наличии разрешения на установку и эксплуатацию рекламной конструкции, выдаваемого на основании заявления собственника или иного указанного в частях 5 - 7 настоящей статьи законного владельца соответствующего недвижимого имущества либо владельца рекламной конструкции органом местного самоуправления муниципального района или органом местного самоуправления городского округа, на территориях которых предполагается осуществлять установку и эксплуатацию рекламной конструкции.

 Следовательно, установка и эксплуатация рекламной конструкции возможна только при наличии разрешения на установку и эксплуатацию рекламной конструкции выданного органом местного самоуправления.

 **Кемеровским УФАС России по данной норме было рассмотрено 21 дело** (вынесено 10 решений без выдачи предписания, 7 решений с выдачей предписаний об устранении нарушений, из них 1 предписание исполнено, 6 находятся в стадии исполнения, 4 дела было прекращено).

**10 дел находится в процессе рассмотрения.**

 В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило обращение ФАС России (вх. от 12.11.2018 № 5427э, от 19.11.2018 № 7248) о рассмотрении заявления Комитета градостроительства и земельных ресурсов Администрации г. Новокузнецка о размещении в г. Новокузнецке рекламы продавца алкогольной продукции с выражением **«Халява 24 часа. ст.45 за литр».**

Пунктом 1 статьи 3 Федерального закона о рекламе установлено, что реклама - информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Пленум ВАС РФ в пункте 2 постановления от 08.10.2012 № 58 разъяснил, что при анализе информации на предмет наличия в ней признаков рекламы необходимо учитывать, что размещение отдельных сведений, очевидно вызывающих у потребителей ассоциацию с определенным товаром, имеющее своей целью привлечение внимания к объекту рекламирования, должно рассматриваться как реклама этого товара, поскольку в названных случаях для привлечения внимания и поддержания интереса к товару достаточно изображения части сведений о товаре. Информация, очевидно ассоциирующаяся у потребителя с определенным товаром, должна рассматриваться как реклама этого товара (пункт 16 информационного письма от 25.12.1998 № 33 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе»).

Реклама с выражением **«Халява 24 часа. ст.45 за литр»**, которая размещена на магазине разливных напитков «Пивная правда» в силу делового оборота, вызывает у потребителя ассоциацию о реализации в данном магазине алкогольной продукции - пива, следовательно можно сделать вывод, что объектом рекламирования является именно алкогольная продукция - пиво.

Согласно части 4 статьи 2 Федерального закона о рекламе специальные требования и ограничения, установленные настоящим Федеральным законом в отношении рекламы отдельных видов товаров, распространяются также на рекламу средств индивидуализации таких товаров, их изготовителей или продавцов, за исключением случая, если реклама средств индивидуализации отдельного товара, его изготовителя или продавца явно не относится к товару, в отношении рекламы которого настоящим Федеральным законом установлены специальные требования и ограничения.

 В соответствии с пунктом 5 части 2 статьи 21 Федерального закона о рекламе реклама алкогольной продукции не должна размещаться с использованием технических средств стабильного территориального размещения (рекламных конструкций), монтируемых и располагаемых на крышах, внешних стенах и иных конструктивных элементах зданий, строений, сооружений или вне их.

В нарушение данной правовой нормы по адресу: г. Новокузнецк, ул. Энтузиастов, 32, размещена реклама алкогольной продукции.

 **Комиссией Кемеровского УФАС России было вынесено решение о признании рекламы ненадлежащей, предписание не выдавалось, в связи с добровольным устранением нарушения.**

 2. Кемеровским УФАС России также было вынесено 2 решения о признании ненадлежащей рекламы Общества с ограниченной ответственностью по нарушению пункта 5 части 2 статьи 21 и части 9 статьи 19 Федерального закона о рекламе следующего содержания: «Premium Анжерское частная пивоварня Анжеро-Судженска»; «Пиво разливное карамельное полутемное светлое темное оригинальное традиционное»; «Premium Фирменный магазин Анжерской пивоварни карамельное полутемное светлое темное оригинальное традиционное» (магазин «Анжерское») и выдано 2 предписания об устранении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (находится в стадии исполнения).

**Требования к рекламе алкогольной продукции, установленные статьей 21 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»**

Данная статья содержит как требования, предъявляемые к рекламе любой алкогольной продукции, так и специальные требования, предъявляемые к рекламе алкогольной продукции следующих отдельных категорий:

- пиво и напитки, изготавливаемые на основе пива,

- вино и игристое вино (шампанское), произведенные в Российской Федерации из выращенного на территории Российской Федерации винограда,

- алкогольная продукция с содержанием этилового спирта 5 и более процентов объема готовой продукции,

 - иная алкогольная продукция

Соответственно, нормы, устанавливающие требования к рекламе алкогольной продукции указанных категорий, являются специальными по отношению к общим нормам, установленным для рекламы алкогольной продукции.

**Под алкогольной продукцией** понимается пищевая продукция, которая произведена с использованием или без использования этилового спирта, произведенного из пищевого сырья, и (или) спиртосодержащей пищевой продукции, с содержанием этилового спирта более 0,5 процента объема готовой продукции, за исключением пищевой продукции в соответствии с перечнем, установленным Правительством Российской Федерации (статья 2 Федерального закона «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции»).

Соответственно, «безалкогольное пиво» с содержанием этилового спирта не более 0,5 процента объема готовой продукции, не подпадает под понятие алкогольной продукции.

*Требования к рекламе алкогольной продукции, установленные в* *статье 21*Федерального закона о рекламе*, распределяются следующим образом.*

**Реклама алкогольной продукции не должна:**

- содержать утверждение о том, что употребление алкогольной продукции имеет важное значение для достижения общественного признания, профессионального, спортивного или личного успеха либо способствует улучшению физического или эмоционального состояния;

- осуждать воздержание от употребления алкогольной продукции;

- содержать утверждение о том, что алкогольная продукция безвредна или полезна для здоровья человека, в том числе информацию о наличии в алкогольной продукции биологически активных добавок, витаминов;

- содержать упоминание о том, что употребление алкогольной продукции является одним из способов утоления жажды;

- обращаться к несовершеннолетним;

- использовать образы людей и животных, в том числе выполненные с помощью мультипликации (анимации).

Ответственность за нарушение требований части 1 статьи 21 Федерального закона о рекламе несет рекламодатель.

**Реклама алкогольной продукции, не должна размещаться:**

- в периодических печатных изданиях,

- реклама вина и игристого вина (шампанского), произведенных в Российской Федерации из выращенного на территории Российской Федерации

Российской Федерации винограда, не должна размещаться на первой и последней полосах газет, а также на первой и последней страницах и обложках журналов;

- в предназначенных для несовершеннолетних печатных изданиях, аудио- и видеопродукции;

- в теле- и радио программах, при кино- и видео обслуживании;

- на транспортных средствах, инфраструктурах (снаружи и внутри зданий, сооружений, обеспечивающих функционирование транспортных средств общего пользования);

- наружная реклама;

- в детских, образовательных, медицинских, санаторно-курортных, оздоровительных, военных организациях, театрах, цирках, музеях, домах и дворцах культуры, концертных и выставочных залах, библиотеках, лекториях, планетариях и на расстоянии ближе чем сто метров от занимаемых ими зданий, строений, сооружений;

- в физкультурно-оздоровительных, спортивных сооружениях и на расстоянии ближе чем сто метров от таких сооружений;

- в Интернете.

Часть 2 статьи 21 Федерального закона о рекламе содержит нормы, ограничивающие и запрещающие размещение рекламы алкогольной продукции. Ответственность за нарушение требований этой части статьи несет рекламораспространитель.

Напомню, что с 22 июля 2014 года Федеральным законом от 21.07.2014 № 235-ФЗ «О внесении изменений в статью 21 Федерального закона о рекламе в периодических печатных изданиях, в телепрограммах, радиопрограммах, при кино- и видео обслуживании распространение рекламы пива и напитков, изготавливаемых на основе пива, было разрешено. Этим же законом было предусмотрено, что такая мера носит временный характер.

 С 01 января 2019 года размещение и распространение рекламы пива и напитков, изготавливаемых на основе пива, в периодических печатных издания, в телепрограммах, радиопрограммах, при кино- и видео обслуживании вновь запрещено.

 Также с 01 января 2019 года утратила силу норма закона, которая допускала размещение, распространение рекламы пива и напитков, изготавливаемых на основе пива, во время трансляции в прямом эфире или в записи спортивных соревнований (в том числе спортивных матчей, игр, боев, гонок).

 Таким образом, реклама пива и напитков, изготовленных на его основе, в периодических печатных изданиях, в теле- и радиопрограммах, при кино- и видео обслуживании, **в физкультурно-оздоровительных, спортивных сооружениях** и на расстоянии **ближе чем 100 м** от таких сооружений начиная с 01 января 2019г. является незаконной.

 Не допускается реклама о проведении стимулирующего мероприятия, условием участия в котором является приобретение алкогольной продукции, за исключением специализированных стимулирующих мероприятий, проводимых в целях реализации алкогольной продукции.

 Законодательство Российской Федерации не содержит понятия «специализированного стимулирующего мероприятия, проводимого в целях

реализации алкогольной продукции».

 Вместе с тем, по мнению специалистов ФАС России, приведенная норма допускает рекламу таких стимулирующих мероприятий, условием участия в

которых является приобретение алкогольной продукции, **если предметом розыгрыша (реализации) в них выступает исключительно алкогольная**

**продукция**.

 Следовательно, в случае если при проведении стимулирующего мероприятия, условием участия в котором является алкогольная продукция,

**предметом розыгрыша является, в том числе, безалкогольная продукция (иные товары)**, реклама проведения такого мероприятия **не допускается**.

Проведение рекламных акций, сопровождающихся раздачей образцов алкогольной продукции, допускается **только** в стационарных торговых объектах, в том числе в дегустационных залах таких торговых объектов. При этом запрещается привлекать к участию в раздаче образцов алкогольной продукции несовершеннолетних и предлагать им данные образцы (ответственность за нарушение требований части 4 статьи 21 Федерального закона о рекламе несет рекламораспространитель).

С 23 до 7 часов местного времени допускаются размещение, распространение рекламы вина и игристого вина (шампанского), произведенных в Российской Федерации из выращенного на территории Российской Федерации винограда, в телепрограммах и в радиопрограммах (за исключением трансляции в прямом эфире или в записи детско-юношеских спортивных соревнований).

Реклама вина и игристого вина (шампанского), произведенных в Российской Федерации из выращенного на территории Российской Федерации винограда разрешается на выставках пищевой продукции (за исключением продуктов детского питания) и выставках организаций общественного питания.

Реклама алкогольной продукции с содержанием этилового спирта **пять и более** процентов объема готовой продукции разрешается **только** в стационарных торговых объектах, в которых осуществляется розничная продажа алкогольной продукции, в том числе в дегустационных залах таких торговых объектов.

 Размещение (распространение) рекламы изготовителя алкогольной продукции с содержанием этилового спирта пять и более процентов объема готовой продукции вне стационарных торговых объектах, в которых осуществляется розничная продажа алкогольной продукции, из которой **явно не следует**, что объектом рекламирования в рекламе выступает деятельность организации, **не связанная** с изготовлением алкогольной продукции, Федеральным законом «О рекламе» не допускается.

 При этом из рекламы производителя алкогольной продукции, в средствах индивидуализации которого содержится слово «вино», «пиво» или производные от него слова, явно следует, что объектом рекламирования в такой рекламе выступает деятельность организации, связанная с изготовлением и/или реализацией алкогольной продукции.

 Следовательно, размещение (распространение) такой рекламы вне стационарных торговых объектах, в которых осуществляется розничная продажа алкогольной продукции, Федеральным законом «О рекламе» не допускается.

 Также не допускается распространение посредством электронной почты рекламы алкогольной продукции с содержанием этилового спирта пять и более процентов объема готовой продукции.

 Размещение рекламы пива (независимо от количества этилового спирта в готовой продукции) внутри торговых центров, Федерального закона о рекламе не запрещено, однако такая реклама должна соответствовать как общим требованиям, установленным статьей 5 данного закона, так и специальным требованиям, установленными в отношении рекламы алкогольной продукции с содержанием этилового спирта менее пяти процентов объема готовой продукции статьей 21 Федерального закона о рекламе, и в каждом случае должна сопровождаться предупреждением о вреде ее чрезмерного потребления, причем такому предупреждению должно быть отведено не менее чем десять процентов рекламной площади (пространства).

**Реклама алкогольной продукции в каждом случае должна сопровождаться предупреждением о вреде ее чрезмерного потребления, причем такому предупреждению должно быть отведено не менее чем десять процентов рекламной площади (пространства).**

Рекламодатели по своему усмотрению могут формулировать текст предупреждения, использовать тот или иной шрифт, однако такое предупреждение о вреде курения должно быть четким и ясным, хорошо различимым на фоне рекламы, то есть должно быть именно предупреждением и привлекать внимание потребителей.

Ответственность за нарушение требований части 3 статьи 21 Федерального закона о рекламе несут рекламопроизводитель и рекламораспространитель.

В пункте 3 части 5 статьи 5 «Общие требования к рекламе» Федерального закона о рекламе установлен запрет на демонстрацию в рекламе процесса потребления алкогольной продукции. При этом запрет на демонстрацию процесса потребления алкогольной продукции распространяется не только на рекламу алкогольной продукции, но и на рекламу иных объектов рекламирования и социальную рекламу, если в ней содержится информация, формирующая интерес к определенному лицу, товару и способствующая продвижение его на рынке.

К признакам демонстрации процесса потребления алкогольной продукции в первую очередь относится показ в рекламе человека, пьющего алкогольную продукцию, держащего в руках бокал, стакан, кружку и т.п. с алкогольной продукцией, открытую бутылку, бочку, пакет, банку для алкогольной продукции. Признаки нарушения этой нормы содержатся также в рекламе, показывающей человека, который открывает бутылку или иную упаковку алкогольной продукции, разливает алкогольную продукцию по бокалам, стаканам и т.п.

Следует избегать демонстрации в рекламе начального, подготовительного этапа потребления алкогольной продукции, к которому относится изображение в рекламе совместно с людьми открытых бутылок, бочек, банок, пакетов и т.п. и (или) бокалов, стаканов, кружек и т.п. с алкогольной продукцией.

В рекламе, содержащей изображение запечатанных, закрытых бутылок, бочек, пакетов, банок и т.п. с алкогольной продукцией в том виде (упаковке), в котором они продаются потребителям, изобразительные признаки демонстрации процесса потребления алкогольной продукции отсутствуют.

 Вывод:

Если распространяется реклама продавца (производителя) алкогольной продукции, в которой отсутствует указание на средства индивидуализации продукции (товарные знаки), используемые для обозначения алкогольной продукции, однако указывается на сведения, формирующие интерес к алкогольной продукции, как напитку, то такая реклама должна соответствовать требованиям статьи 21 Федерального закона о рекламе (письмо ФАС России от 24.09.2018 № АК/76734/18 «О применении статьи 21 Федерального закона о рекламе).

**Примеры практик территориальных управлений ФАС России:**

 1. Администрация Копейского городского округа обратилась с заявлением в Челябинское УФАС России и сообщила, что спорное название заведения вызвало общественный резонанс и волну негодования среди жителей г. Копейска.

 В спорной рекламе присутствовало изображение человека и его текстовый образ через указание наименования заведения «REDIKORTSEV». При этом использование в рекламе фамилии горного инженера, почитаемого жителями города Копейска, неэтично, указанное мнение разделило большинство опрошенных участников Экспертного совета по рекламе при Челябинском УФАС России.

 Комиссия Челябинского УФАС России вынесла решение о признании рекламы пивоварни-магазина «REDIKORTSEV» в городе Копейске, нарушившей п.6 ч.1, п.5 ч.2 ст.21, ч.6 ст.5 Федерального закона о рекламе.

2. Челябинское УФАС России признало рекламу ресторана ООО «Частная пивоварня Спиридонова» ненадлежащей, вынесло постановление о наложении штрафа в размере 100 тыс. рублей на ООО ресторан «Частная пивоварня Спиридонова», которое разместило ненадлежащую рекламу на фасаде жилого дома. Также антимонопольный орган на 4 тыс. рублей оштрафовал должностное лицо организации.

 На фасаде жилого дома, в котором расположен ресторан, была установлена конструкция с рекламой пива, в которой содержались сведения: «Живое пиво в ассортименте, сваренное в нашей пивоварне...». Надпись с предупреждением о вреде чрезмерного потребления пива в тексте отсутствовала, что противоречит закону о рекламе.
 Кроме того, в рекламе была изображена женщина, в руках у которой было две кружки пива с надписью «Частная пивоварня Спиридонова», а использование образов людей в рекламе пива и напитков, изготавливаемых на его основе, также противоречит законодательству.
 3. 29 марта, в Управлении Федеральной антимонопольной службы по Алтайскому краю завершилось рассмотрение дела, возбужденного  по факту распространения в открытых группах социальных сетей рекламы пива «[Пряничное](http://barnaul.bezformata.com/word/pryanichnogo/89818/)» частной пивоварни с изображением женщины с устройством, напоминающим кляп во рту.  Данное дело было возбуждено по результатам рассмотрения заявления физического лица, утверждавшей, что данная реклама является непристойной и оскорбительной, так как содержит сцену сексуального характера и демонстрирует насилие над женщинами.

 Комиссия УФАС, в присутствии представителей заявителя и рекламодателя, рассмотрев имеющиеся материала и дав им правовую оценку приняла решение о признании рекламы ненадлежащей, нарушающей запреты на распространение рекламы пива в сети интернет (п.8 ч.2 ст.21 Федерального закона о рекламе), а также использование образа человека в рекламе алкогольной продукции (п.6 ч.1 ст. 21 Федерального закона о рекламе).

 В ходе рассмотрения дела по вопросу оскорбительности данной рекламы возникла необходимость изучения общественного мнения, в связи чем, на официальном сайте службы и в социальной сети ВКонтакте был организован опрос.   Результаты голосования на сайте управления, в которых приняло участие более 28 тысяч человек, оказались в пользу спорной рекламы - 58% опрошенных восприняли её как оскорбительную. Респонденты в социальной сети ВКонтакте высказали противоположное мнение - из 63 тысяч  участников опроса - 58% посчитали рекламу не оскорбительной. Однако при этом 76% опрошенных женщин ВКонтакте подтвердили оскорбительность используемого образа. Несмотря на противоречивость полученных численных данных, в ходе опроса установлено значимое количество людей, воспринимающих рекламу как оскорбительную. В связи с тем, что, по мнению ФАС России, при оценке спорной рекламы не требуется получение единогласного мнения или мнения абсолютного большинства, достаточно установить значимое количество людей, воспринимающих рекламу как оскорбительную, с учетом всех обстоятельств дела, реклама признана  нарушающей п. 6 ст. 5 Федерального закона о рекламе, запрещающий использование непристойных и оскорбительных образов, сравнений и выражений, в том числе относительно пола человека.    Комиссией принято решение выдать предписание о прекращении распространения ненадлежащей рекламы. В ходе заседания рекламодатель подтвердил, что если реклама будет признана ненадлежащей, он немедленно прекратит её распространение.

 Дополнительно принято решение о возбуждении административного производства по факту ненадлежащей рекламы в соответствии со ст. 14.3 КоАП РФ.

4. Управление Федеральной антимонопольной службы по Томской области признавало ненадлежащей рекламу пивоварни, размещенную в журнале.

 Реклама была адресована неопределенному кругу лиц, привлекая внимание к частной пивоварне и реализуемой ею алкогольной продукции (пиву).

 Закон о рекламе запрещает использование в рекламе алкогольной продукции образы людей и животных, в том числе выполненные с помощью мультипликации (анимации), а также содержит требование о распространении рекламы с содержанием этилового спирта пять и более процентов объема готовой продукции только в стационарных торговых объектах, в которых осуществляется розничная продажа алкогольной продукции.

 Указанные требования и ограничения распространяются также на рекламу изготовителей или продавцов такого товара.

 **В нарушение Федерального закона о рекламе** **в опубликованной в журнале рекламе пивоварни и реализуемого пива были использованы изображения мужчин, держащих кружки с пенным напитком, привлекалось внимание к алкогольной продукции.**

**Примеры из судебной практики:**

1. На фасаде здания была размещена следующая информация:

- слева от центрального входа: «Бар «Пивная», вс - чт 16:00-04:00, пт - сб 16:00-06:00»;

- у центрального входа в помещение: «Бар «Пивная», вс - чт 16:00-04:00, пт - сб 16:00-06:00, Вятичбар.рф, ООО «Шнейдер» ИНН 4345130181, юр. адрес. ул. Казанская, д. 18а, тел.: 21-14-73";

- справа от входа: «Пивная, 24 мая работаем с 10 утра! Можно купить пиво»; - на боковом фасаде (справа от входа), служебный вход – «Пивная», «Пивная. Новый сезон в баре. Самое свежее разливное в городе, из дубовых бочек (OAK Brewing). Авторские коктейли от профессиональных барменов. Танцы на самой длинной барной стойке в городе. Безопасные кальяны на фруктах. Кухня открыта до утра. Pivnayabar. вс - чт 16:00-04:00, пт - сб 16:00-06:00. Бар «Пивная», Блюхера 63 218-218».

По результатам рассмотрения дела Комиссия управления пришла к выводу о том, что в данном случае имеет место реклама алкогольной продукции - пива, вынесла решение о признании распространенную Обществом рекламу ненадлежащей, нарушающей положения пункта 5 части 2 статьи 21 Федерального закона о рекламе.

Общество, не согласившись с данным решением, его обжаловало. **Рассмотрев кассационную жалобу, Арбитражный суд Волго-Вятского округа не нашел оснований для ее удовлетворения.**

В соответствии со статьей 3 Федерального закона о рекламе под рекламой понимается информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объект рекламирования - товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие, на привлечение внимания к которым направлена реклама. Ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Под рекламной конструкцией понимается оборудование, предназначенное для проекции рекламы на любые поверхности, а также иные технические средства стабильного территориального размещения. Указанное оборудование или технические средства монтируются или располагаются на крышах, внешних стенах и иных конструктивных элементах зданий, строений, сооружений или вне их, а также на остановочных пунктах движения общественного транспорта (статья 19 Федерального закона о рекламе).

В статье 2 Федерального закона о рекламе предусмотрено, что его положения не распространяются на информацию, раскрытие или распространение либо доведение до потребителя которой является обязательным в соответствии с федеральным законом; на вывески и указатели, не содержащие сведений рекламного характера.

Продавец обязан доводить до сведения потребителей фирменное наименование своей организации, место нахождения, режим работы, необходимую и достоверную информацию о товарах, обеспечивающую возможность их правильного выбора (статьи 9, 10 Закона № 2300-1).

При применении пункта 1 статьи 3 Федерального закона о рекламе (понятие рекламы) следует исходить из того, что не может быть квалифицирована в качестве рекламы информация, которая хотя и отвечает перечисленным критериям, однако обязательна к размещению в силу закона или размещается в силу обычая делового оборота. К такой информации относятся, в частности, сведения, предоставляемые лицами в соответствии со статьями 9 и 10 Закона № 2300-1.

То обстоятельство, что информация, обязательная к размещению в силу закона или размещенная в силу обычая делового оборота, приведена не в полном объеме, само по себе не влечет признания этой информации рекламой.

Не следует рассматривать в качестве рекламы и размещение наименования (коммерческого обозначения) организации в месте ее нахождения, а также иной информации для потребителей непосредственно в месте реализации товара, оказания услуг (например, информации о режиме работы, реализуемом товаре), поскольку размещение такой информации в указанном месте не преследует целей, связанных с рекламой.

Указанные разъяснения содержатся в пункте 1 Постановления № 58Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации

Использованная манера исполнения позволила признать, что соответствующее оформление спорной информации способно сформировать положительное представление о реализуемом в баре «Пивная» товаре, необходимое рекламодателю для продвижения товара (работы, услуги), позитивное отношение к нему, поддержать интерес и закрепить его образ в памяти потребителя.

**Оценив материалы дела, приняв во внимание оформление конструкции, ее размер и место расположения, суды пришли к выводу, что целью размещения конструкции было не информирование потребителей о фирменном наименовании организации, о времени работы и виде осуществляемой деятельности, а привлечение внимания к объекту рекламирования - реализуемом в баре «Пивная» пива.**

**Рассматриваемая информация содержала положительную оценку потребительских свойств и качеств реализуемого Обществом товара («самое свежее в городе»), формируя и поддерживая потребительский интерес («Новый сезон в баре»), способствующий продвижению как самого продавца, так и реализуемого в баре пива («из дубовых бочек (ОАК Brewing)»). Такая информация обладает оценочным, ассоциативным эффектом, способным воздействовать на сознание потребителя и подтолкнуть его к выбору соответствующего товара именно в указанном месте.**

**При таких обстоятельствах суды пришли к выводу, что Общество размещало информацию рекламного характера, поэтому при размещении такой информации обязано соблюдать положения Федерального закона о рекламе.**

В статье 21 Федерального закона о рекламе содержатся требования, предъявляемые к рекламе алкогольной продукции.

Согласно пункту 5 части 2 статьи 21 Федерального закона о рекламе реклама алкогольной продукции не должна размещаться с использованием рекламных конструкций (технических средств стабильного территориального размещения), монтируемых и располагаемых на крышах, внешних стенах и иных конструктивных элементах зданий, строений, сооружений или вне их.

Пиво, напитки, изготавливаемые на основе пива, относятся к алкогольной продукции (пункт 7 статьи 2 Федерального закона от 22.11.1995 № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта алкогольной и спиртосодержащей продукции»).

В нарушение пункта 5 части 2 статьи 21 Федерального закона о рекламе Общество разместило рекламу алкогольной продукции с использованием средств стабильного территориального размещения (рекламной конструкции) на внешней стороне здания.

**Довод Общества о том, что спорная информация не является рекламой алкогольной продукции, поскольку в ней отсутствует реклама конкретного товара, который можно выделить внутри группы однородных товаров и привлечь к нему внимание, был отклонен судами.**

Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в пункте 2 Постановления № 58 разъяснил, что при анализе информации на предмет наличия в ней признаков рекламы необходимо учитывать, что размещение отдельных сведений, очевидно вызывающих у потребителя ассоциацию с определенным товаром, имеющее своей целью привлечение внимания к объекту рекламирования, должно рассматриваться как реклама этого товара, поскольку в названных случаях для привлечения внимания и поддержания интереса к товару достаточно изображения части сведений о товаре.

**Информация, очевидно ассоциирующаяся у потребителя с определенным товаром, должна рассматриваться как реклама этого товара (****пункт 16** **Информационного письма от 25.12.1998 № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе»).**

Из пунктов 15, 18 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.12.1998 № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» следует, что вопрос о наличии в информации признаков рекламы должен решаться с учетом конкретных обстоятельств дела. Сведения, распространение которых по форме и содержанию является для юридического лица обязательным на основании закона или обычая делового оборота, не относятся к рекламной информации независимо от манеры их исполнения на соответствующей вывеске.

Таким образом, основополагающее отличие вывески от рекламы заключается в том, что ее целью является не формирование или поддержание интереса к ее обладателю, его товарам, идеям, начинаниям и способствование реализации этих товаров, а информирование третьих лиц о наличии юридического лица как такового. В этой связи при оценке того, обладает ли размещенная информация рекламным характером, анализу подлежат использованные при ее выполнении средства и их способность влиять на ее общее восприятие рядовым гражданином (потребителем).

**В** **статье 21** **Федерального закона о рекламе, устанавливающей специальные требования и ограничения в отношении рекламы алкогольной продукции, содержится собирательное понятие «алкогольная продукция» без указания на необходимость индивидуализации и конкретизации объекта рекламирования.**

**Законодательство о рекламе устанавливает определенные ограничения в отношении рекламы алкогольной продукции, поэтому для признания рекламы ненадлежащей достаточно привлечения внимания к товару - алкогольной продукции.**

**Как установили суды, в рассматриваемом случае распространяемая Обществом информация привлекает внимание потребителей к алкогольной продукции, реализуемой Обществом в баре «Пивная». Текстовое содержание рекламы формирует у конечного потребителя ассоциацию с предметом деятельности продавца - торговлей алкогольной продукцией и ассоциируется с алкоголем. Следовательно, такая информация является рекламой.**

Само по себе отсутствие в тексте спорной рекламы слова «пиво» или каких-либо его изображений с учетом комплексного восприятия рекламы не затрудняет явную ассоциацию рекламируемого товара именно с данным видом алкогольной продукции. При этом отсутствие указания на конкретную торговую марку реализуемого в баре «Пивная» пива при размещении на спорной конструкции сведений, направленных на привлечение внимания потенциальных потребителей именно к этому товару, не может исключать размещенную информацию из сферы регулирования Федерального закона о рекламе.

Позиция Федеральной антимонопольной службы, изложенная в письме от 28.11.2013 № АК/47658/13, на которое ссылался заявитель, не исключает наличия необходимости оценки всех обстоятельств размещения информации при установлении направленности содержащихся в ней сведений.

**При таких обстоятельствах суды сделали вывод, что спорная реклама является ненадлежащей, и правомерно отказали Обществу в удовлетворении заявленного требования (**Постановление от 21 июня 2017 по делу № А28-12028/2016 Арбитражного суда Волго-Вятского Округа).

**Определение Верховного Суда РФ от 09.10.2017 № 301-КГ17-14606 по делу № А28-12028/2016 Требование: О пересмотре в кассационном порядке судебных актов по делу о признании недействительным решения антимонопольного органа. Решение: В передаче дела в Судебную коллегию по экономическим спорам Верховного Суда РФ отказано, так как суды пришли к правильному выводу о том, что целью размещения конструкции было не информирование потребителей о фирменном наименовании организации, времени работы и виде осуществляемой деятельности, а привлечение внимания к объекту рекламирования - пива.**

**2. Из Постановления Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 13.02.2018 № Ф04-30/2018 по делу № А70-9799/2017:**

 Как следовало из материалов дела, по почтовым ящикам в подъезде жилого дома распространялись рекламные брошюры сети магазинов «Красное&Белое», на развороте 1 и 2 страниц которых было размещено описание видов игристых вин «Ламбруско», «Асти», «Просекко» и возможных гастрономических сочетаний.

Суды первой и апелляционной инстанций исходили из того, что рассматриваемая информация является рекламой, поскольку направлена на выделение объекта рекламирования - игристых вин «Ламбруско», «Асти», «Просекко», «Советское шампанское» среди алкогольной продукции и его дальнейшее продвижение на рынке. При этом надпись «Чрезмерное употребление алкоголя вредит вашему здоровью» была изображена светло-серым цветом на белом фоне, занимала менее 10% рекламного поля и практически сливалась с основным фоном, что затрудняло ее восприятие обычным потребителем.

Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в пункте 2 Постановления от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» разъяснил, что при анализе информации на предмет наличия в ней признаков рекламы необходимо учитывать, что размещение отдельных сведений, очевидно вызывающих у потребителя ассоциацию с определенным товаром, имеющее своей целью привлечение внимания к объекту рекламирования, должно рассматриваться как реклама этого товара, поскольку в названных случаях для привлечения внимания и поддержания интереса к товару достаточно изображения части сведений о товаре.

Информация, очевидно ассоциирующаяся у потребителя с определенным товаром, должна рассматриваться как реклама этого товара (пункт 16 Информационного письма от 25.12.1998 № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе»).

В ст. 21 Федерального закона о рекламе, устанавливающей специальные требования и ограничения в отношении рекламы алкогольной продукции, содержится собирательное понятие «алкогольная продукция» без указания на необходимость индивидуализации и конкретизации объекта рекламирования, поэтому для признания рекламы ненадлежащей достаточно привлечения внимания к товару - алкогольной продукции. Таким образом, реклама любой алкогольной продукции, в отношении которой не соблюдено требование ч. 3 ст. 21 указанного Закона, является ненадлежащей рекламой.

В соответствии с частью 3 статьи 21 Федерального закона о рекламе реклама алкогольной продукции в каждом случае должна сопровождаться предупреждением о вреде ее чрезмерного потребления, причем такому предупреждению должно быть отведено не менее чем 10% рекламной площади (пространства).

Довод подателя жалобы о соблюдении требований законодательства применительно к рекламе конкретного товара - алкогольной продукции «Вино игристое Советское шампанское, белое полусладкое, 11%, 0,75 л», выделенной на странице брошюры пунктирной линией, а также соответствующие расчеты площади надписи предупреждения по отношению к площади рекламы, обоснованно отклонены судом апелляционной инстанции, поскольку для решения вопроса о соблюдении требований части 3 статьи 21 Федерального закона о рекламе в части размещения в рекламе алкогольной продукции предупреждения о вреде ее чрезмерного потребления на площади не менее 10% рекламного поля в рассматриваемом случае в качестве рекламного поля (пространства) должна учитываться площадь всего разворота 1 и 2 страниц буклета.

**Кроме того, как отметили суды первой и апелляционной инстанций, надпись «Чрезмерное употребление алкоголя вредит вашему здоровью» на странице 2 была изображена светло-серым цветом на белом фоне, поэтому нечетко просматривалась на основном фоне, что затрудняло ее восприятие обычным потребителем.** Цель размещения надписи о вреде чрезмерного потребления алкогольной продукции - предупреждение граждан о последствиях злоупотребления товаром, следовательно, такая надпись должна быть четкой, понятной, различимой для потенциальных потребителей рекламы. Это требование нет необходимости прямо указывать в законе, поскольку оно вытекает из смысла заложенной законом цели.

 Определением от 19 июня 2018 № 304-КГ18-7436 Верховный суд Российской Федерации отказал обществу с ограниченной ответственностью «Альфа Тюмень» в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации.

**Рекомендации:**

При изготовлении, размещении, распространении рекламы алкогольной продукции следует обратить внимание на практику антимонопольных органов, судебную практику и в том числе на разъяснения ФАС России:

<Письмо> ФАС России от 24.09.2018 № АК/76734/18 «О применении статьи 21 Федерального закона «О рекламе»

<Письмо> ФАС России от 19.09.2018 № АК/75067/18 «О распространении рекламы безалкогольного пива на радио»

<Письмо> ФАС России от 20.07.2016 № АК/49414/16 «Об информации на сайтах продавцов алкогольной продукции»

<Письмо> ФАС России от 15.06.2016 № СП/40322/16 «О рекламе безалкогольного пива»

<Письмо> ФАС России от 30.04.2015 № АК/21550/15 «О размещении рекламы алкогольной продукции в предназначенных для несовершеннолетних печатных изданиях, аудио- и видеопродукции»

<Письмо> ФАС России от 29.04.2014 № АД/17310/14 «О рекламе изготовителей и продавцов алкогольной продукции».

**Изменения в Федеральном законе «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 05.04.2013 № 44-ФЗ**

1 апреля 2019 г. был принят закон, изменяющий систему контроля в сфере закупок ([Федеральный закон от 01.04.2019 № 50-ФЗ](http://xn--80aahqcqybgko.xn--p1ai/141/93/642/54108.html)). 1 мая 2019 г. появились еще три закона о внесении изменений в [Закон № 44-ФЗ](http://xn--80aahqcqybgko.xn--p1ai/141/93/642/765.html) (Федеральные законы от 01.05.2019 [№ 69-ФЗ](http://xn--80aahqcqybgko.xn--p1ai/141/93/642/54545.html), [№ 70-ФЗ](http://xn--80aahqcqybgko.xn--p1ai/141/93/642/54543.html) и [№ 71-ФЗ](http://xn--80aahqcqybgko.xn--p1ai/141/93/642/54544.html)).

**Изменения, вступившие в силу со 2 апреля 2019 г.**

Изменения коснулись торгов в которых могут быть установлены дополнительные требования к участникам закупок согласно [постановления Правительства Российской Федерации от 4 февраля 2015 г. N 99 "Об установлении дополнительных требований к участникам закупки отдельных видов товаров, работ, услуг, случаев отнесения товаров, работ, услуг к товарам, работам, услугам, которые по причине их технической и (или) технологической сложности, инновационного, высокотехнологичного или специализированного характера способны поставить, выполнить, оказать только поставщики (подрядчики, исполнители), имеющие необходимый уровень квалификации, а также документов, подтверждающих соответствие участников закупки указанным дополнительным требованиям"](https://razvitie.expert/npa/112) (далее – Постановление №99).

**Изменения, вступившие в силу с 12 мая 2019 г.**

1. Отчеты об исполнении контракта, а также о результатах отдельных этапов исполнения контракта были отменены( ч. 9–12 ст. 94 Закона № 44-ФЗ утратили силу.)
2. Размеры штрафов за нарушение сторонами контракта своих обязательств больше не должны указываться в виде фиксированной суммы. Достаточно указать процент от цены контракта, определенный в соответствии с ПП РФ от 30.08.2017 № 1042. При этом в случаях, когда отраслевым законодательством установлен иной порядок начисления пени и штрафов поставщику (подрядчику, исполнителю), приоритет отдается отраслевому законодательству (обновленные редакции ч. 5, 7, 8 ст. 34 Закона № 44-ФЗ).

3. Внесены изменения, касающиеся сроков рассмотрения заявлений о включении сведений о поставщиках в РНП в течение 5-ти дней с даты их поступления (а не 10-ти) новая редакцию ч. 7 ст. 104 Закона № 44-ФЗ).

4. Аналогичным образом сокращен и срок для обжалования действий заказчика и уполномоченного органа (учреждения): если раньше на это отводилось 10 дней с момента публикации протокола рассмотрения заявок или итогового протокола, то сейчас данный срок составляет 5 дней. (новая редакция статьи 105 ФЗ №44-ФЗ.)

**Изменения, вступающие в силу с 1 июля 2019 г.**

**1.Изменения, касающиеся контроля в сфере закупок**

1. Жалобы, поданные участниками закупок, сведения о которых включены в РНП, будут возвращаться таким участникам без рассмотрения (ч. 11 ст. 105 Закона № 44-ФЗ дополнена новым п. 5). Но при одном условии: в закупке, на которую подана жалоба, должно быть установлено требование об отсутствии участников закупки в РНП.

**2.Изменение касающиеся порядка закупки работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту, сносу объекта капитального строительства**

В ч. 1 ст. 33 Закона № 44-ФЗ вводится п. 8, согласно которому документация о закупке в указанных выше случаях должна содержать проектную документацию, утвержденную в порядке, установленном законодательством о градостроительной деятельности. Исключениями являются следующие случаи:

* подготовка проектной документации не требуется (см. ч. 3, 3.1 ГрК РФ);
* предметом закупки является заключение контракта жизненного цикла или т. н. строительство «под ключ», при этом предусматривается в т. ч.  проектирование объекта капитального строительства.

Включение в документацию о закупке проектной документации будет признаваться надлежащим исполнением требований п. 1–3 ч. 1 ст. 33 Закона № 44-ФЗ (т. е. полноценным описанием объекта закупки).

  Подача заявок на участие в таких закупках тоже радикально упрощается. При включении проектной документации в состав аукционной документации первая часть заявки на участие в аукционе должна будет содержать исключительно согласие участника закупки на выполнение работ на условиях, предусмотренных документацией.

**3.Изменения касающиеся обеспечения исполнения контракта**

3.1 Определен срок, в течение которого заказчик должен будет возвратить поставщику денежные средства, внесенные в качестве в качестве обеспечения исполнения контракта (в т. ч. часть этих денежных средств в случае уменьшения размера обеспечения исполнения контракта в соответствии с ч. 7, 7.1 и 7.2 ст. 96 Закона № 44-ФЗ). По общему правилу указанный срок не должен превышать 30 дней с даты исполнения поставщиком своих обязательств по контракту. Если же участниками закупки могли быть только СМП, СОНКО, такой срок не должен превышать 15 дней с даты исполнения поставщиком своих обязательств (см. обновленную редакцию ч. 27 ст. 34 Закона № 44-ФЗ).

3.2 При осуществлении закупок среди СМП, СОНКО размер обеспечения исполнения контракта (в т. ч. предоставляемого с учетом антидемпинговых мер) устанавливается от цены, по которой заключается контракт (а не от НМЦК, как в общем случае). Правда, меньше, чем размер аванса (если контрактом предусматривается выплата аванса) размер обеспечения все равно быть не может (новая редакция ч. 6 ст. 96 Закона № 44-ФЗ).

Однако участник закупки, проводимой среди СМП, СОНКО, может быть полностью освобожден от обязанности предоставлять обеспечение исполнения контракта (в т. ч. с учетом антидемпинговых мер). Для этого ему необходимо до заключения контракта предоставить информацию из реестра контрактов, подтверждающую исполнение им в течение трех лет до даты подачи заявки на участие в закупке трех контрактов без неустоек (штрафов, пеней). Сумма цен таких контрактов должна быть не меньше, чем НМЦК проводимой закупки (ст. 96 Закона № 44-ФЗ дополнена ч. 8.1).

**4 Изменения, касающиеся антидемпинговых мер**

С 1 июля информацией, подтверждающей добросовестность участника закупки, будет признаваться информация, которая:

1. содержится в реестре контрактов, заключенных заказчиками;
2. подтверждает исполнение участником закупки в течение 3-х лет до даты подачи заявки на участие в закупке 3-х контрактов (с учетом правопреемства) без применения к нему неустоек (штрафов, пеней).

**5. Изменения, касающиеся обеспечения заявки**

1.Размер обеспечения заявок устанавливается в пределах от 0,5 % до 1 % НМЦК, если размер НМЦК не превышает 20 млн руб..

**6.Изменения, касающиеся проведения процедуре электронного аукциона**

-15-дневный минимальный срок подачи заявок на участие в электронном аукционе будет устанавливаться только в случае, если НМЦК превышает 300 млн руб., а если предметом закупки является выполнение работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту или сносу объекта капитального строительства — 2 млрд руб. При внесении изменений в извещение и документацию об аукционе продление срока подачи заявок не менее чем на 15 дней также будет требоваться лишь в указанных случаях (ч. 2, 3, 6 ст. 63, ч. 6 ст. 65 Закона № 44-ФЗ в новой редакции).

 -Срок рассмотрения первых частей заявок тоже сокращен. Если НМЦК больше 300 млн руб. (2 млрд руб. при закупке работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту или сносу объекта капитального строительства), первые части заявок будут рассматриваться в течение трех рабочих дней с даты окончания срока подачи заявок. В остальных случаях на рассмотрение первых частей заявок отводится один рабочий день (новая редакцию ч. 2 ст. 67 Закона № 44-ФЗ).

**7. Изменения, касающиеся возможности изменения существенных условий контракта**

Перечень случаев, когда допускается изменение существенных условий контракта по соглашению сторон, установлен в ч. 1 ст. 95 Закона № 44-ФЗ. В п. 1 указанной нормы указаны случаи, когда изменение допускается при условии, что возможность такого изменения предусматривалась документацией о закупке и контрактом, а в случае закупки у единственного поставщика — контрактом.

**8.Прочие изменения**

1. При осуществлении закупки по п. 4 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ верхний предел цены контракта увеличивается со 100 тыс. руб. до 300 тыс. руб., а по п. 28 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ — с 200 тыс. руб. до 1 млн руб.
2. В случае расторжения контракта заказчик сможет заключить контракт со «вторым» участником закупки, по результатам которой был заключен контракт (разумеется, при согласии такого участника). Если до расторжения контракта первоначальный поставщик частично исполнил свои обязательства, это нужно будет учесть при определении объема обязательств поставщика по новому контракту. Цена контракта также уменьшается пропорционально объему обязательств, исполненных первоначальным поставщиком в рамках расторгнутого контракта. Если заказчик изначально требовал предоставить обеспечение исполнения контракта, новый контракт заключается после предоставления поставщиком соответствующего обеспечения (ст. 95 Закона № 44-ФЗ дополнена новой ч. 17.1. ).

 В случае, когда контракт был расторгнут в связи с односторонним отказом заказчика от его исполнения, возможность заключения контракта со «вторым» участником поставлена в зависимость от того, включен ли первоначальный контрагент в РНП.

**Изменения, которые вступят в силу с 31 июля 2019 г.**

1.Извещения о закупках у единственного поставщика отменяются (независимо от основания!). Кроме того, цена контракта, заключаемого с единственным поставщиком, должна будет обосновываться исключительно в случаях, предусмотренных п. 3, 6, 9, 11, 12, 18, 22, 23, 30–32, 34, 35, 37–41, 46, 49 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ (в этих случаях контракт должен будет содержать обоснование цены контракта).

3.При осуществлении закупки по п. 5 ч. 1 ст. 93 Закона № 44-ФЗ верхний предел цены контракта увеличивается до 600 тыс. руб. Заказчики, пользующиеся данным пунктом, смогут осуществлять закупки в соответствии с ним на сумму, не превышающую: 5 млн руб. в год; 50 % совокупного годового объема закупок заказчика, но более чем 30 млн руб.

**Изменения, вступающие в силу с 1 октября 2019 г.**

 1. Планы закупок будут отменены, вместо двух документов (план закупок и план-график) останется только один (план-график). Если исходить из новой редакции ст. 16 Закона № 44-ФЗ, можно заключить, что модернизированный план-график будет содержать меньше информации, чем сейчас.