

## РЕШЕНИЕ

### по делу № 055/05/7-1280/2023

30 января 2024 года

город Омск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее – Омское УФАС России, Управление) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее также – Комиссия) в составе:

председатель Комиссии – <...>, заместитель руководителя Омского УФАС России,

члены Комиссии: <...>,

рассмотрев дело № 055/05/7-1280/2023 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения индивидуальным предпринимателем <...> (ИНН <...>, ОГРНИП <...>, далее – ИП <...>) рекламы, нарушающей требования пунктов 1 и 8 статьи 7 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в отсутствие заявителя, извещенного надлежащим образом, ИП <...>, в извещении которого предприняты необходимые меры,

#### УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России обратился гражданин по факту распространения ненадлежащей рекламы в сети магазинов «Lollipop».

В ходе рассмотрения указанного обращения установлено, что один из магазинов «Lollipop», осуществляющий торговлю никотиносодержащей продукцией и устройствами для ее потребления, расположен по адресу: г. Омск, ул. Интернациональная, 35.

При этом в оконном проеме указанного здания размещена следующая информация: *«ЭЛЕКТРОННЫЕ СИГАРЕТЫ Только оригинальные электронки, поды и жидкости, которых еще не было в Омске. Сокii RELX VapeSoul CLOUD UNION BRUSKO ЗАХОДИ ПОПРОБУЙ ДОСТАВКА 24/7 @LOLLY22POPS Lollipop».*

На запрос Омского УФАС России ИП <...> представлена информация, согласно которой *«... помещение, в котором расположен магазин, расположенное по адресу: г. Омск, ул. Интернациональная, д. 35, принадлежит на праве собственности <...>.*

*5 июля между <...> и индивидуальным предпринимателем <...> был заключен договор аренды вышеуказанного жилого помещения, общей площадью 4 кв. м....*

*...Также хотелось бы пояснить, что спорное изображение не является рекламной информацией, так как не отвечает признакам, установленным для рекламы в статье 3 Федерального закона «О рекламе». Так спорное изображение не направлено на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирования, поддержания интереса и продвижения его на рынке, а направлено на уведомление покупателей о том, что данным торговым павильоном осуществляется доставка реализуемой продукции...».*

Ознакомившись с вышеуказанными пояснениями, Омское УФАС России не может согласиться с позицией ИП <...> ввиду следующего.

По определению, данному статьей 3 Федерального закона «О рекламе»:

**реклама** - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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** - это товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама;

**товар** - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

При этом пунктом 1 статьи 455 Гражданского кодекса Российской Федерации товаром по договору купли-продажи могут быть любые вещи, не изъятые из оборота.

В соответствии с пунктом 1 статьи 467 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что если по договору купли-продажи передаче подлежат товары в определенном соотношении по видам, моделям, размерам, цветам или иным признакам (ассортимент), продавец обязан передать покупателю товары в ассортименте, согласованном сторонами.

Таким образом, системный анализ гражданского законодательства Российской Федерации свидетельствует о том, что объектом рекламирования может быть тот товар, предназначенный для продажи и иного введения в гражданский оборот, который можно индивидуализировать, выделить среди однородной группы товаров. Соответственно, реклама товара всегда представляет собой информацию о конкретном товаре, который можно индивидуализировать внутри группы однородных товаров.

При этом в случае, если в месте нахождения организации размещаются конструкции с изображением единиц продукции конкретных видов (с маркировкой, наименованием, товарным знаком или иным обозначениями, позволяющими индивидуализировать конкретного производителя и марку товара), такие изображения будут признаваться рекламой соответствующего товара.

Кроме того, в пункте 2 постановления Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указано, что *«при анализе информации на предмет наличия в ней признаков рекламы судам 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 (в том числе товарного знака)».*

В вышеуказанной рекламе содержится изображение товарных знаков, зарегистрированных в соответствии с законодательством об интеллектуальной собственности по классам Международной классификации товаров и услуг (далее – МКТУ):

- номер государственной регистрации 797901, срок действия до 24.09.2030, класс МКТУ 34;
- номер государственной регистрации 706040, срок действия до 12.09.2028, класс МКТУ 34;
- номер государственной регистрации 865209, срок действия до 17.09.2031, класс МКТУ 34;

- номер государственной регистрации 884636, срок действия до 17.11.2031, класс МКТУ 34.

Класс 34 МКТУ включает: «табак и заменители табака; сигареты и сигары; электронные сигареты и вапорайзеры для курения; принадлежности курительные; спички; ароматизаторы для табака, кроме эфирных масел; ароматизаторы для электронных сигарет, кроме эфирных масел; баллончики газовые для зажигалок; бумага абсорбирующая для курительных трубок; бумага сигаретная, папиросная; зажигалки для прикуривания; кальяны; кисеты для табака; книжечки курительной бумаги; коробки спичечные; коробки с увлажнителем для сигар; кремни; машинки для обрезки сигар; мундштуки для кальянов; мундштуки для сигар; мундштуки для сигарет; наконечники мундштуков для сигарет; наконечники янтарные мундштуков для сигарет и сигар; основы для кальяна; пепельницы; плевательницы для табака; подставки для курительных трубок; принадлежности для кальянов; приспособления для чистки курительных трубок; растворы жидкие для электронных сигарет; сигареты, папиросы; сигареты, содержащие заменители табака, не для медицинских целей; сигариллы; сосуды для табака; спичечницы; спреи для полости рта для курящих; табакерки; табак жевательный; табак нюхательный; травы курительные; трубки курительные; трубки для кальянов; устройства карманные для скручивания сигарет, папирос...».

Учитывая изложенное, распространенные в оконном проеме по адресу г. Омск, ул. Интернациональная, 35 информация и изображения являются рекламой, поскольку дают потребителю явное представление о реализации конкретных товаров в указанном магазине. При этом по своему содержанию и формату размещения данная реклама направлена на привлечение внимания неопределенного круга (в том числе несовершеннолетних), поддержание интереса как к продавцу, так и к ассортименту реализуемой им продукции.

В соответствии с пунктом 12 части 1 статьи 2 Федерального закона от 23.02.2013 № 15-ФЗ «Об охране здоровья граждан от воздействия окружающего табачного дыма, последствий потребления табака или потребления никотинсодержащей продукции» (далее - Федерального закона «Об охране здоровья граждан от воздействия окружающего табачного дыма, последствий потребления табака или потребления никотинсодержащей продукции») **устройства для потребления никотинсодержащей продукции** - электронные или иные приборы, которые используются для получения никотинсодержащего или безникотинового аэрозоля, пара, вдыхаемых потребителем, в том числе электронные системы доставки никотина и устройства для нагревания табака, а также их составные части и элементы (за исключением медицинских изделий и лекарственных средств, зарегистрированных в соответствии с законодательством Российской Федерации).

**Никотинсодержащая продукция** - изделия, которые содержат никотин (в том числе полученный путем синтеза) или его производные, включая соли никотина, предназначены для потребления никотина и его доставки посредством сосания, жевания, нюханья или вдыхания, в том числе изделия с нагреваемым табаком, растворы, жидкости или гели с содержанием жидкого никотина в объеме не менее 0,1 мг/мл, никотинсодержащая жидкость, безникотиновая жидкость, порошки, смеси для сосания, жевания, нюханья, и не предназначены для употребления в пищу (за исключением медицинских изделий и лекарственных средств, зарегистрированных в соответствии с законодательством Российской Федерации, пищевой продукции, содержащей никотин в натуральном виде, и табачных изделий) (пункт 3 части 1 статьи 2 Федерального закона «Об охране здоровья граждан от воздействия окружающего табачного дыма, последствий потребления табака или потребления никотинсодержащей продукции»).

На основании пункта 8 статьи 7 Федерального закона «О рекламе» **не допускается реклама табака, табачной продукции, табачных изделий, никотинсодержащей продукции, курительных принадлежностей, в том числе трубок, сигаретной бумаги, зажигалок, а также устройств для потребления никотинсодержащей продукции, кальянов.**

**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 (часть 4 статьи 2 Федерального закона «О рекламе»).

Одновременно в рекламе указано «*ДОСТАВКА 24/7*».

Таким образом, распространенная информация одновременно направлена на привлечение внимания к услугам по дистанционной продаже и доставке товаров, реализуемых в данном торговом павильоне (в том числе никотинсодержащей продукции и устройств для ее потребления).

В силу пункта 2 статьи 497 Гражданского кодекса Российской Федерации договор розничной купли-продажи может быть заключен на основании ознакомления покупателя с предложенным продавцом описанием товара посредством каталогов, проспектов, буклетов, фотоснимков, средств связи (телевизионной, почтовой, радиосвязи и других) или иными способами, исключающими возможность непосредственного ознакомления потребителя с товаром либо образцом товара при заключении такого договора (**дистанционный способ продажи товара**).

Как следует из рассматриваемой рекламы ознакомление с товарами (никотиносодержащая продукция и устройства для ее потребления) может происходить посредством мессенджера «Telegram» (@LOLLY22POPS). Соответственно, решение о выборе конкретного товара из представленного ассортимента и совершении покупки покупатель принимает до оформления заказа, его доставки и оплаты, таким образом, у покупателя отсутствует возможность непосредственного ознакомления с товаром либо его образцом, что является дистанционным способом продажи.

На основании части 3 статьи 19 Федерального закона «Об охране здоровья граждан от воздействия окружающего табачного дыма, последствий потребления табака или потребления никотинсодержащей продукции» **запрещается розничная торговля табачной продукцией или никотинсодержащей продукцией, кальянами и устройствами для потребления никотинсодержащей продукции** в торговых объектах, не предусмотренных частями 1 и 2 настоящей статьи, на ярмарках, выставках, путем развозной и разносной торговли, **дистанционным способом продажи**, с использованием автоматов и иными способами, за исключением развозной торговли в случае, предусмотренном частью 2 настоящей статьи.

В силу пункта 1 статьи 7 Федерального закона «О рекламе» **не допускается реклама товаров, производство и (или) реализация которых запрещены законодательством Российской Федерации**.

Учитывая, что розничная торговля никотинсодержащей продукцией и устройствами для ее потребления дистанционным способом запрещена, следовательно, реклама указанного способа реализации товаров нарушает пункт 1 статьи 7 Федерального закона «О рекламе».

По определению (пункт 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») **ненадлежащая реклама** – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо (пункт 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Исходя из определений, данных в пунктах 5 и 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», ИП <...> является и рекламодателем, и рекламодателем.

Частями 6 и 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» установлено, что рекламодаделец и рекламодатель несут ответственность за нарушение требований статьи 7 настоящего Федерального закона.

Определением Омского УФАС России от 24.11.2023 в отношении ИП <...> возбуждено дело № 055/05/7-1280/2023 по признакам нарушения требований пунктов 1 и 8 статьи 7 Федерального закона «О рекламе».

Копия определения о возбуждении дела была направлена ИП <...> по указанному в Едином государственном реестре индивидуальных предпринимателей адресу регистрации заказным письмом от 24.11.2023 № ТШ/7328/23, однако согласно сведениям, размещенным на сайте оператора почтовой связи АО «Почта России» (<https://www.pochta.ru/tracking>), указанное письмо (почтовый идентификатор отправления 64401060968367) адресатом не получено, на момент рассмотрения настоящего дела хранилось в месте вручения с отметкой от 29.11.2023 - «Неудачная попытка вручения».

Определение Омского УФАС России от 20.12.2023 срок рассмотрения дела № 055/05/7-1280/2023 был продлен, рассмотрение отложено на 30.01.2024 в 15:00 час.

Копия определения направлена по адресу регистрации ИП <...> заказным письмом от 20.12.2023 № АЛ/7929/23, однако согласно сведениям, размещенным на сайте оператора почтовой связи АО «Почта России» (<https://www.pochta.ru/tracking>), указанное письмо (почтовый идентификатор отправления 64401060971732) адресатом не получено, возвращено отправителю из-за истечения срока хранения 22.01.2024.

В пункте 63 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела 1 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» указано, что «...С учетом положения пункта 2 статьи 165.1 ГК РФ юридически значимое сообщение, адресованное гражданину, осуществляющему предпринимательскую деятельность в качестве индивидуального предпринимателя (далее - индивидуальный предприниматель), или юридическому лицу, направляется по адресу, указанному соответственно в едином государственном реестре индивидуальных предпринимателей или в едином государственном реестре юридических лиц либо по адресу, указанному самим индивидуальным предпринимателем или юридическим лицом.

При этом необходимо учитывать, что гражданин, индивидуальный предприниматель или юридическое лицо несут риск последствий неполучения юридически значимых сообщений, доставленных по адресам, перечисленным в абзацах первом и втором настоящего пункта, а также риск отсутствия по указанным адресам своего представителя.

Гражданин, сообщивший кредиторам, а также другим лицам сведения об ином месте своего жительства, несет риск вызванных этим последствий (пункт 1 статьи 20 ГК РФ).

Сообщения, доставленные по названным адресам, считаются полученными, даже если соответствующее лицо фактически не проживает (не находится) по указанному адресу».

В части 1 статьи 165.1 Гражданского Кодекса Российской Федерации установлено, что заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю.

Сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или

адресат не ознакомился с ним.

Таким образом, Комиссия Омского УФАС России полагает, что в извещении И П <...> предприняты достаточные меры по надлежащему извещению лица о времени и месте рассмотрения дела № 055/05/7-1280/2023.

Рассмотрев материалы дела, пояснения ИП <...>, Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу о нарушении ИП <...> требований пунктов 1 и 8 статьи 7 Федерального закона «О рекламе» при распространении 16.08.2023 рекламы в оконном проеме здания, расположенного по адресу: г. Омск, ул. Интернациональная, 35.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы, в целях обеспечения реализации права потребителя на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства о рекламе.

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения Федерального закона «О рекламе».

Учитывая, что на момент рассмотрения настоящего дела у Омского УФАС России отсутствуют доказательства устранения нарушений в добровольном порядке, Комиссией принято решение о необходимости выдачи И П <...> предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 - 55 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922, Комиссия

#### РЕШИЛА:

1. Признать рекламу: *«ЭЛЕКТРОННЫЕ СИГАРЕТЫ Только оригинальные электронки, поды и жидкости, которых еще не было в Омске. Cokii RELX VapeSoul CLOUD UNION BRUSKO ЗАХОДИ ПОПРОБУЙ ДОСТАВКА 24/7 @LOLLY22POPS Lollipop»*, распространенную 16.08.2023 ИП <...> (ИНН <...>, ОГРНИП <...>) в оконном проеме здания, расположенного по адресу: г. Омск, ул. Интернациональная, 35, ненадлежащей, нарушающей требования пунктов 1 и 8 статьи 7 Федерального закона «О рекламе».
2. Выдать ИП <...> предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 31.01.2024.

Решение может быть обжаловано в Арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии: <...>

