

об административном правонарушении

«08» июня 2023 года г. Йошкар-Ола

Протокол составлен специалистом-экспертом отдела аналитической работы и контроля хозяйствующих субъектов <...> в соответствии со статьей 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ИП А. (ИНН <...>, ОГРНИП <...>, адрес регистрации: <...>) по факту распространения рекламы «Пенные напитки лимонад, квас» с изображением кружек с пенным напитком, конструкции, содержащей изображение бочки с надписью «Starovar» и кружек с пенными напитками, конструкции с изображением рыбы, расположенной на фасаде здания по адресу: Республика Марий Эл, Звениговский район, г. Звенигово, ул. Ростовщикова, д. 72а, нарушающей требования пункта 5 части 2, части 3 статьи 21 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (решение по делу № 012/05/21-146/2023 от 24.05.2023).

Ответственность за данное административное правонарушение предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

Место, время совершения и событие административного правонарушения:

Место совершения административного правонарушения: Республика Марий Эл, Звениговский район, г. Звенигово, ул. Ростовщикова, д. 72а.

Время совершения административного правонарушения: с 14.12.2022 (дата фиксации размещения рекламной информации) по настоящее время.

Событие административного правонарушения.

Сотрудниками Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Марий Эл (далее – Марийское УФАС России) в декабре 2022 года установлен факт размещения рекламы «Пенные напитки лимонад, квас» с изображением кружек с пенным напитком, конструкции, содержащей изображение бочки с надписью «Starovar» и кружек с пенными напитками, конструкции с изображением рыбы, расположенной на фасаде здания по адресу: Республика Марий Эл, Звениговский район, г. Звенигово, ул. Ростовщикова, д. 72а, следующего содержания:

Марийским УФАС России в отношении ИП А. (ИНН <...>, ОГРНИП <...>, адрес регистрации: <...>) 27.02.2023 возбуждено дело № 012/05/21-146/2023 по признакам нарушения пункта 5 части 2, части 3 статьи 21 Закона о рекламе.

Решением Комиссии Марийского УФАС России по делу № 012/05/21-146/2023 от 24.05.2023 реклама «Пенные напитки лимонад, квас» с изображением кружек с пенным напитком, конструкция, содержащая изображение бочки с надписью «Starovar» и кружек с пенными напитками, конструкция с изображением рыбы, расположенная на фасаде здания по адресу: Республика Марий Эл, Звениговский район, г. Звенигово, ул. Ростовщикова, д. 72а, признана ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования пункта 5 части 2, части 3 статьи 21, части 9 статьи 19 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе».

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 №38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) 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.

Под объектом рекламирования понимают 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.

В соответствии с пунктом 3 статьи 3 Закона о рекламе товаром признается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Из анализа рассматриваемой рекламы следует, что объектом рекламирования выступает алкогольная продукция, рыба, реализуемая в магазине «Вкусная жизнь».

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Направленность рекламы на неопределенный круг лиц оценивается исходя из выбранного способа и средства распространения рекламы, а также содержания самой рекламной информации.

Если рекламная информация представляет интерес и доступна также и иным лицам, не только входящим в ее целевую аудиторию, то направленность такой рекламы выходит за пределы целевой аудитории и относится к неопределенному кругу лиц.

Квалификация информации как рекламы зависит от совокупности направленности и содержания сути сведений, приведенных в такой информации (Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 26.12.2022 по делу № А82-3249/2022).

Содержание, стиль оформления и подачи рассматриваемой информации свидетельствует о направленности на привлечение внимания неопределенного круга лиц к представляемой алкогольной продукции.

Размещаемые на фасаде здания (в том числе на окне) рекламы пива направлены на привлечение внимания идущих по улице граждан, а не на покупателей в месте продажи алкоголя, поскольку любой прохожий, как совершеннолетний, так и нет, может увидеть

данную рекламу.

В связи с чем, усматривается, что подобный способ размещения информации об алкогольной продукции подпадает под признаки рекламы.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 1, 2 Постановления Пленума от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», в пункте 1 статьи 3 Закона о рекламе указано, что 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, является рекламой и должна, в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

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.

Проанализировав содержание спорной информации, способы её размещения и распространения, Марийское УФАС России пришло к выводу, что указанная информация по своему содержанию и целевой направленности является рекламой, так как адресована неопределенному кругу лиц и направлена на привлечение внимания к объектам рекламирования, формирование или поддержание интереса к ним и их продвижение на рынке.

Рассматриваемая реклама является рекламой алкогольной продукции, так как в ней используются изображения кружек с пенным напитком, вид и оформление которых явно ассоциируются с пивом, а не любым разливным напитком. Кроме того, указание текстовой информации «пенные напитки» также ассоциируется у потребителей с ассортиментом указанного торгового объекта - пивом. Также в качестве объекта рекламирования использована рыба.

Согласно письму ФАС России от 12.04.2019 № АК/29989/19 в целях всесторонней и полной оценки рекламы на предмет наличия или отсутствия признаков нарушения рекламного законодательства, особенно в случаях, когда анализ рекламы связан с выявлением субъективно-оценочных характеристик, территориальные органы ФАС России вправе вынести указанную рекламу на рассмотрение Экспертного совета по рекламе.

В соответствии с пунктом 1.1 Приказа Федеральной антимонопольной службы от 19 декабря 2017 г. № 1736/17 «Об утверждении Положения об Экспертном совете по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе» (далее – Положение об Экспертном совете), экспертный совет по применению законодательства о рекламе и защите от недобросовестной конкуренции при Федеральной антимонопольной службе (далее – Экспертный совет) образуется в целях рассмотрения вопросов, связанных с применением законодательства Российской Федерации о рекламе, антимонопольного законодательства Российской Федерации в части защиты от недобросовестной конкуренции, а также выработки предложений по его совершенствованию.

В соответствии с п. 1.3 Положения об Экспертном совете, экспертный совет является консультативно-совещательным органом при Федеральной антимонопольной службе. Его решения имеют рекомендательный характер и представляются в Федеральную антимонопольную службу для принятия решений о соответствии рекламы требованиям законодательства Российской Федерации, а также соответствии действий хозяйствующих субъектов требованиям законодательства Российской Федерации, принципам добросовестности и добропорядочности, реализации государственной политики в области контроля соблюдения законодательства о рекламе и антимонопольного законодательства в части защиты от недобросовестной конкуренции и подготовки предложений по совершенствованию указанного законодательства.

Основными задачами Экспертного совета в силу п.2.1. Положения об Экспертном совете являются:

- экспертиза и оценка содержания рекламы, представленной на рассмотрение Экспертного совета, в том числе оценка воздействия рекламы на потребителей рекламной информации и анализ соответствия действительности сведений, сообщаемых в рекламе;
- оценка действий хозяйствующего субъекта на предмет соответствия обычаям делового оборота, принципам добропорядочности, разумности или справедливости;
- экспертиза сведений, распространяемых хозяйствующим субъектом в отношении конкурента, с точки зрения их соответствия действительности и т.д.

Пунктом 3.1 Положения об Экспертном совете предусмотрено, что Экспертный совет формируется из специалистов Федеральной антимонопольной службы, представителей других федеральных органов исполнительной власти, представителей ассоциаций и общественных объединений, научных организаций, экспертов и специалистов в отдельных областях знаний

19.04.2023 Марийским УФАС России проведен Экспертный совет по применению законодательства о рекламе, в котором на повестку совета была вынесена реклама «Пенные напитки лимонад, квас» с изображением кружек с пенным напитком, а также конструкций, содержащих изображение бочки с надписью «Starovar», кружек с пенными напитками и рыбы, расположенной на фасаде здания по адресу: Республика Марий Эл, Звениговский район, г. Звенигово, ул. Ростовщикова, д. 72а.

На рассмотрении большинство членов экспертного совета указали, что рассматриваемая информация является рекламой алкогольной продукции, так как изображения пивных кружек с жидкостью по цвету напоминающей пиво в совокупности с изображенной сушеной рыбой (которая считается традиционной закуской к пиву), а также бочка с логотипом производителя алкогольных напитков «Старовар» ассоциируются с пивом.

Представленная информация размещена таким способом, что ее поле обращено на улицу, т.е. адресовано неопределенному кругу лиц, и предназначено не только для информирования покупателей данного магазина, а размещена в свободном доступе для видимости потребителей, покупателями магазина не являющимися.

Члены экспертного совета указали, что рассматриваемая информация должна сопровождаться предупреждением о вреде чрезмерного потребления алкогольных напитков и 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.

Также члены экспертного совета указали о необходимости наличия разрешения органа местного самоуправления на установку и эксплуатацию рекламных конструкций на стекле и на здании по обе стороны от стекла.

Согласно пунктам 4 и 5 статьи 2 Федерального закона «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» стационарным торговым объектом является торговый объект, представляющий собой здание или часть здания, строение или часть строения, прочно связанные фундаментом такого здания, строения с землей и присоединенные к сетям инженерно-технического обеспечения, специально оснащенные оборудованием, предназначенным и используемым для выкладки, демонстрации товаров, обслуживания покупателей и проведения денежных расчетов с покупателями при продаже товаров.

В соответствии с пунктом 7 статьи 2 Федерального закона № 171-ФЗ от 22.11.1995 «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» алкогольная продукция - 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. Алкогольная продукция подразделяется на такие виды, как спиртные напитки (в том числе водка, коньяк), вино, фруктовое вино, ликерное вино, игристое вино (шампанское), винные напитки, пиво и напитки, изготавливаемые на основе пива, сидр, пуаре, медовуха.

Согласно акту выездного обследования от 14.12.2022 и кассовому чеку от 14.12.2022 (приобретено пиво светлое фильтрованное), в магазине «Вкусная жизнь» осуществляется реализация в том числе алкогольной продукции (пива).

Пунктом 5 части 2 статьи 21 Закона о рекламе установлено, что 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.

Так, под рекламной конструкцией понимаются любые конструкции, прочно (стабильно, стационарно) связанные с объектом недвижимого имущества таким образом, что такая связь делает невозможным монтаж/демонтаж конструкции без использования специальных технических средств или устройств (машин, механизмов, инструментов т.п.), такие конструкции при размещении на них рекламы являются рекламными конструкциями.

Указанные рекламные конструкции располагаются на фасаде здания (в том числе на окне), что противоречит требованиям пункта 5 части 2 статьи 21 Закона о рекламе.

Кроме того, согласно части 3 статьи 21 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 десять процентов рекламной площади (пространства).

Как видно из фотографии спорных реклам предупреждение о вреде чрезмерного потребления алкогольной продукции отсутствует, что содержит признаки нарушения требований, установленных частью 3 статьи 21 Закона о рекламе.

Представителем ИП А. представлено заключение специалиста № 19032 от 10.05.2023 НП «Саморегулируемая организация судебных экспертов», в котором указано, что на главном фасаде здания, расположенного по адресу: Республика Марий Эл, Звениговский район, г. Звенигово, ул. Ростовщикова, д. 72а, признаки рекламы и признаки рекламы алкогольной продукции отсутствуют, вместе с тем по указанному адресу не имеется размещения/установки рекламных конструкций, не имеется признаков рекламы товара/группы товаров, в том числе алкогольной продукции, с брендом, торговой марки «Starovar», а также указано отсутствие в наборе латинских букв, образующих надпись «Starovar», сходства до степени смешения с брендом торговой марки «Starovar» по производству пива.

Более того, специалист в заключении указал, что наклейка по периметру окна на главном фасаде здания в стекле оконного проема здания, расположенного по адресу: Республика Марий Эл, Звениговский район, г. Звенигово, ул. Ростовщикова, д. 72а, с надписью: «ПЕННЫЕ НАПИТКИ ЛИМОНАД, КВАС» и имеющимся на ней изображением, а также наклейка, расположенная с торца в оконном проеме указанного здания с изображением различных видов морепродуктов, и четыре баннера с присутствующим изображением на фасаде указанного здания возле входа, не являющиеся призывом к употреблению алкогольной продукции.

Однако согласно абзацу 4 пункта 28 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» оценка рекламы осуществляется с позиции обычного потребителя, не обладающего специальными знаниями. Вопрос восприятия рекламы может быть разрешен с позиции рядового потребителя, оценка указанной рекламы не требует специальных познаний.

Более того, проведение опроса потребителей для разрешения вопросов о том, насколько та или иная информация воспринимается как реклама, может считаться достаточно объективной.

Таким образом, в данном случае подлежит выяснению вопрос об общем восприятии рекламы лицами, к которым она направлена, а именно гражданами.

На основании изложенного, Марийским УФАС России проведен социологический опрос среди жителей Республики Марий Эл в период с 10.05.2023 по 17.05.2023, т.е. потенциальных потребителей рассматриваемой рекламы. Способ проведения опроса: анкетирование на официальном сайте Марийского УФАС России <https://mari-el.fas.gov.ru/>.

Участие в социологическом опросе приняли 86 опрошенных женского и мужского пола 3 лица пол не указали.

В ходе социологического опроса потребителям были представлены фотоматериалы спорной рекламы, на основании которых потребителям предложено было ответить на вопросы. Каждый вопрос содержал открытый вариант ответа, в котором потребитель вправе был самостоятельно, анализируя рекламу, представить ответ.

Согласно выводам социологического опроса 81,39% опрошенных респондентов полагают, что информация, представленная в трех видах (в окне, с правой стороны окна, с левой стороны окна), является рекламой и их возможно определить как рекламная конструкция; 12,79% респондентов указали, что указанная информация, представленная в трех видах (в окне, с правой стороны окна, с левой стороны окна), не является рекламой; 4,65% - затруднились ответить; 1,16% респондентов указали свои варианты.

81,39% опрошенных респондентов полагают, что информация, размещенная на стене здания с изображением бочки с надписью «Starovar» и кружок с пенными напитками, является рекламой алкогольной продукции; 14,12% респондентов указали, что информация, размещенная на стене здания с изображением бочки с надписью «Starovar» и кружок с пенными напитками, не является рекламой алкогольной продукции; 2,32% - затруднились ответить; 1,16% респондентов указали свои варианты.

77,90% опрошенных респондентов полагают, что информация, размещенная на стекле окна магазина с внутренней стороны, является рекламой алкогольной продукции; 12,79% респондентов указали, что информация, размещенная на стекле окна магазина с внутренней стороны, не является рекламой алкогольной продукции; 6,98% - затруднились ответить; 2,33% респондентов указали свои варианты.

88,37% опрошенных респондентов полагают, что сведения и предметы, изображенные на данной фотографии (наименование «пенные напитки лимонад квас», изображения кружек, наполненных напитками с пенными шапками, деревянная бочка) вызывают ассоциацию с алкогольной продукцией; 5,81% респондентов указали, что сведения и предметы, изображенные на данной фотографии (наименование «пенные напитки лимонад квас», изображения кружек, наполненных напитками с пенными шапками, деревянная бочка) не вызывают ассоциацию с алкогольной продукцией; 5,81% - затруднились ответить.

74,4% опрошенных респондентов полагают, что рассматриваемая информация должна сопровождаться предупреждением о вреде ее чрезмерного потребления; 9,30% респондентов указали, что рассматриваемая информация не должна сопровождаться предупреждением о вреде ее чрезмерного потребления; 15,17%- затруднились ответить; 1,16% респондентов указали свои варианты.

Таким образом, опрос потребителей показал, что указанная информация ими воспринимается именно как реклама алкогольной продукции.

На основании анализа всех собранных доказательств, Марийское УФАС России установило, что при размещении рассматриваемой рекламы нарушены требования пункта 5 части 2, части 3 статьи 21 Закона о рекламе.

В соответствии с частями 6, 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований части 3 статьи 21 Закона о рекламе несет рекламодатель и рекламодатель и рекламодатель, требований пункта 5 части 2 статьи 21 Закона о рекламе – рекламодатель.

В соответствии с пунктами 5, 6, 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно сведениям, указанным на кассовом чеке приобретенного товара в магазине «Вкусная жизнь», предпринимательскую деятельность осуществляет ИП А. (ИНН <...>, ОГРНИП <...>), являющийся как рекламодателем, так и рекламодателем рассматриваемой рекламы.

Ответственность за данное нарушение предусмотрена статьей 14.3 КоАП РФ.

Согласно части 1 статьи 14.3 КоАП РФ нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламодателем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей.

Согласно пункту 1 статьи 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Согласно пункту 1 статьи 2.2 КоАП РФ административное правонарушение признается совершенным умышленно, если лицо, его совершившее, сознавало противоправный характер своего действия (бездействия), предвидело его вредные последствия и желало наступления таких последствий или сознательно их допускало либо относилось к ним безразлично.

ИП А. при распространении рассматриваемой рекламы не были предприняты все зависящие от него меры по соблюдению законодательства о рекламе, по предотвращению совершения правонарушения.

В соответствии с пунктом 1 статьи 25.1 КоАП РФ лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами, в том числе правом обжаловать постановление по делу в течение 10 дней согласно статьям 30.1, 30.3 КоАП РФ.

В силу части 2 статьи 24.2 КоАП РФ лицам, участвующим в производстве по делу об административном правонарушении и не владеющим языком, на котором ведется производство по делу, обеспечивается право выступать и давать объяснения, заявлять ходатайства и отводы, приносить жалобы на родном языке, либо на другом свободно избранном указанными лицами языке общения, а также пользоваться услугами переводчика.

Согласно статье 51 Конституции Российской Федерации никто не обязан свидетельствовать против самого себя, своего супруга и близких родственников.

Протокол составлен по правилам статьи 28.2 КоАП РФ в присутствии представителя ИП А. по доверенности от 15.03.2023 <...>. ИП А. надлежащим образом извещен о дате, времени и месте составления протокола об административном правонарушении. ИП А. направлено уведомление о составлении протокола от 24.05.2023 № ОЕ/2636/23 (согласно сведениям официального сайта «Почта России», отправление с почтовым идентификатором 80099484774510 04.06.2023 возвращено из-за истечения срока хранения. В соответствии Постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» лицо, в отношении которого ведется производство по делу, считается извещенным о времени и месте рассмотрения случае возвращения почтового отправления с отметкой об истечении срока хранения).

При составлении протокола от представителя по доверенности <...> поступили пояснения о том, что рекламы с таким наименованием как «Пенные напитки, лимонад, квас» нет; бочка с надписью «Starovar» представляет собой некий набор латинских букв; в конструкции с изображением рыбы представлена не сушеная рыба, а также морские яства, рыбпродукты.

Дата, место и время рассмотрения дела об административном правонарушении: «21» июня 2023 года в 10 час. 00 мин. по адресу: ул. Волкова, д. 164, г. Йошкар-Ола, Республика Марий Эл, 424000.

С протоколом ознакомлен(а),

права и обязанности разъяснены.

Даю согласие на обработку персональных данных. _____

(ФИО, подпись лица, привлекаемого к административной ответственности)

<...>

(Ф.И.О. составившего протокол)

«08» июня 2023 года _____

(подпись)

Объяснения лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении:

В соответствии со ст. 28.2 КоАП РФ копию протокола получил:

(ФИО лица, получившего протокол)

« » _____ 2023 г. _____

(подпись)

Также сообщаем, что возможность участия в рассмотрении дела будет организована посредством удаленного доступа через программу «True Conf» по ссылке <https://fas1.tconf.rt.ru/c/4592739664>.

Подключение к конференции возможно в том числе со смартфона или планшета под управлением операционной системы Android или iOS.

Информацию об участии в рассмотрении дела посредством удаленного доступа необходимо сообщить в Марийское УФАС России по телефону 8 (8362) 41-76-21.

2023-3482