

РЕШЕНИЕ

по делу № 055/05/7-635/2023

22 июня 2023 года

город Омск

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

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

члены Комиссии: <...>,

рассмотрев материалы дела № 055/05/7-635/2023, возбужденного в отношении индивидуального предпринимателя <...> (ИНН <...>, ОГРНИП <...>, далее – ИП <...>) по признакам нарушения части 11 статьи 5 и пункта 8 статьи 7 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в присутствии <...>, представителей ИП <...>- <...> (доверенность б/н от 06.03.2023) и <...> (доверенность б/н от 06.03.2023)

УСТАНОВИЛА:

Омским УФАС России 22.05.2023 выявлены факты распространения на входных дверях нестационарных торговых объектов (далее – НТО) «NEW TOBACCO», расположенных по адресам: г. Омск, ул. Красный Путь, 84, к.7 (остановка общественного транспорта «Городок Водников») и г. Омск, ул. Красный Путь, 65/3 (остановка общественного транспорта «Рабиновича») информации: «*vooroo здесь VOOROO ОФИЦИАЛЬНЫЙ ПАРТНЕР 18+ www.vooroo.com*» и изображения устройства для потребления никотинсодержащей продукции – VOOROO DRAG H80 S.

Одновременно, в оконных проеме указанных НТО была распространена информация:

- «New tobacco VAPE SHOP #паримся #овкусе new_tobacco_vape» (г. Омск, ул. Красный Путь, 65/3);

«New tobacco VAPE SHOP #паримся #осервисе new_tobacco_vape» (г. Омск, ул. Красный Путь, 84, к.7).

Аналогичный факт размещения изображения устройства для потребления никотинсодержащей продукции – VOOROO DRAG H80 S выявлен Омским УФАС России 22.05.2023 на входной двери НТО «NEW TOBACCO», расположенного по адресу: г. Омск, ул. Интернациональная, 41/2 (остановка общественного транспорта «Главпочтампт»).

Согласно режимной вывеске деятельность в указанных НТО осуществляет ИП <...> (ИНН <...>).

На основании сведений из Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей от 26.05.2023 ИП <...> осуществляет свою деятельность в соответствии с ОКВЭД ОК 029-2014 (КДЕС Ред.2), в том числе:

- 47.11 Торговля розничная преимущественно пищевыми продуктами, включая напитки, и табачными изделиями в неспециализированных магазинах.

- 47.11.2 Торговля розничная незамороженными продуктами, включая напитки и табачные изделия, в неспециализированных магазинах.

- 47.26 Торговля розничная табачными изделиями в специализированных магазинах.

Определением Омского УФАС России от 30.05.2022 в отношении ИП <...> возбуждено дело № 055/05/7-635/2023 по признакам нарушения требований части 11 статьи 5 и пункта 8 статьи 7 Федерального закона «О рекламе».

В ответ на указанное определение ИП <...> представлена информация, согласно которой: «... Индивидуальный предприниматель <...>, считает Определение Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области по делу № 055/05/7- 635/2023 от 30.05.2023 г. незаконным и подлежащим отмене по следующим основаниям:

...Индивидуальный <...> отмечает, что в указанных в Определении НТО производится продажа различного ассортимента товара, а не только VOOPOO DRAG 1180 S, а также ассортимента товаров с указанием различных товарных знаков, а не только товарного знака VOOPOO, зарегистрированного в соответствии с законодательством об интеллектуальной собственности по классам Международной классификации товаров и услуг.

Кроме того, указанная информация размещена в указанных в Определении НТО торговым представителем «VOOPOO» <...> без согласования с Индивидуальным предпринимателем <...>, (а также продавцов товаров в НТО), более того Индивидуальный предприниматель <...> не была проинформирована и уведомлена о том, что торговым представителем «VOOPOO» будет нанесена на входных дверях соответствующая информация. Это подтверждается письменным объяснением торгового представителя «VOOPOO» <...>, а также документами, подтверждающими, что он действительно является торговым представителем «VOOPOO».

В тот момент, когда Индивидуальный предприниматель <...> узнала о том, что на входных дверях НТО, указанных в Определении размещена несогласованная с ней информация, незамедлительно приняла все необходимые действия для прекращения противоправных действий со стороны торгового представителя «VOOPOO» <...>, а именно был произведен демонтаж размещенной информации с входных дверей НТО, указанных в Определении, что в силу статьи 4.2. КоАП РФ является обстоятельством смягчающим административную ответственность.

Представители указанных в Определении НТО, Индивидуальный предприниматель <...>, продавцы товаров в НТО указанных в Определении, не были осведомлены и проинформированы о размещении (распространении) торговым представителем «VOOPOO» <...> информации о товаре и товарном знаке «VOOPOO» на входных дверях НТО, указанных в Определении, а также не давали на указанные действия своего согласия, что свидетельствует об их непричастности и невиновности...

...В рассматриваемом случае рекламодателем и рекламораспространителем являлся не Индивидуальный предприниматель <...>, а торговый представитель «VOOPOO» <...>, действующий по своей воли и в своих интересах, который не согласовывал и не информировал как Индивидуального предпринимателя <...>, так и ее представителей, а также продавцов Индивидуального предпринимателя <...> о размещении на входных дверях нестационарных торговых объектов «NEW ТОВАССО», указанных в Определении, указанной в Определении информации.

Кроме того, Индивидуальный предприниматель <...> незамедлительно после того, как ей стала известна информация о факте размещения на НТО несогласованной с ней информации рекламного характера со стороны торгового представителя «VOOPOO» <...> прекратили деловые отношения как с торговым представителем «VOOPOO» <...>, так и с торговой маркой «VOOPOO».

Выводы Омского УФАС России о нарушении Индивидуальным предпринимателем <...> части

11 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» в части производства, размещения и распространения рекламы с соблюдением законодательства о государственном языке Российской Федерации, также не могут быть признаны верными. Во-первых, данная информация не является рекламой, а носит исключительно информационный характер о продукции, которая реализуется в НТО. Во-вторых, в орфографическом словаре Института русского языка имени В.В. Виноградова РАН России не включено слово «вейп»/«вейпшоп», и такому слову/сочетанию слов нет аналогов в русском языке, таким образом для того, чтобы у потребителя сложилась неполная или недостоверная или искаженная информация о продукции, которую реализуют НТО, информация о принадлежности магазина к индустрии никотиносодержащей продукции была отражена на языке, на котором исторически принято ассоциировать никотиносодержащую продукцию. Отмечаем, что спорные информационные сведения были продублированы на русский язык.

На основании изложенного, Индивидуальный предприниматель <...> приходит к выводу, что при размещении на входных дверях информации о курительных принадлежностей, устройств для потребления никотинсодержащей продукции и использования таких элементов как дым (пар), нарушены требования части 11 статьи 5, пункта 8 статьи 7 Закона о рекламе...

...Индивидуальный предприниматель <...> предприняла все зависящие от нее меры при наличии необходимой степени заботливости и осмотрительности, которые требовались от нее по соблюдению требований действующего законодательства ...».

На заседании Комиссии 22.06.2023 <...>, и представители ИП <...> поддержали вышеуказанные позиции, а также представили доказательства устранения ИП <...> нарушений в добровольном порядке.

Рассмотрев материалы дела, пояснения ИП <...>, <...>, Комиссия пришла к следующим выводам

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.

Частью 1 статьи 455 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что товаром по договору купли-продажи могут быть любые вещи, не изъятые из оборота.

В соответствии с частью 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)»*.

На входных дверях НТО «NEW TOBACCO», расположенных по адресам: г. Омск, ул. Интернациональная, 41/2, г. Омск, ул. Красный Путь, 84, к. 7 и г. Омск, ул. Красный Путь, 65/3 содержится не только изображение товара (VOOPOO DRAG H80 S), но и товарного знака, зарегистрированного в соответствии с законодательством об интеллектуальной собственности по классам Международной классификации товаров и услуг (далее – МКТУ):

- номер международной регистрации 1477789, срок действия до 17.06.2029, 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; 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...».

Учитывая изложенное, распространенные на входной двери торговых павильонов «NEW TOBACCO» информация и изображение устройства для потребления никотинсодержащей продукции (VOOPOO DRAG H80 S) являются рекламой, поскольку дают потребителю явное представление о реализации конкретного товара в указанном НТО. 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 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.**

В соответствии с частью 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.

Кроме того, в рекламе используется словосочетание на английском языке «VAPE SHOP».

В части 11 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» установлено, что при производстве, размещении и распространении рекламы должны соблюдаться требования законодательства Российской Федерации, в том числе требования гражданского законодательства, законодательства о государственном языке Российской Федерации.

В соответствии с частью 1 статьи 68 Конституции Российской Федерации, частью 1 статьи 1 Федерального закона от 01.06.2005 № 53-ФЗ «О государственном языке Российской Федерации» (далее – Федеральный закон «О государственном языке Российской Федерации») государственным языком Российской Федерации на всей ее территории является русский язык как язык государствообразующего народа, входящего в многонациональный союз равноправных народов Российской Федерации.

В силу пункта 10 части 1 статьи 3 Федерального закона «О государственном языке Российской Федерации» государственный язык Российской Федерации подлежит обязательному использованию в рекламе.

При этом частью 2 статьи 3 Федерального закона «О государственном языке Российской Федерации» императивно установлено, что в случаях использования в сферах, указанных в части 1 настоящей статьи, наряду с государственным языком Российской Федерации государственного языка республики, находящейся в составе Российской Федерации, других языков народов Российской Федерации или иностранного языка тексты на русском языке и на государственном языке республики, находящейся в составе Российской Федерации, других языках народов Российской Федерации или иностранном языке, если иное не

установлено законодательством Российской Федерации, должны быть идентичными по содержанию, равнозначными по размещению и техническому оформлению (иметь одинаковые параметры - цвет, тип и размер шрифта), выполнены разборчиво, звуковая информация (в том числе в аудио- и аудиовизуальных материалах, теле- и радиопрограммах) на русском языке и указанная информация на государственном языке республики, находящейся в составе Российской Федерации, других языках народов Российской Федерации или иностранном языке, если иное не установлено законодательством Российской Федерации, также должна быть идентичной по содержанию, звучанию и способам передачи.

Таким образом, отсутствие перевода иностранных слов и выражений на русский язык может привести к неполному уяснению смысла выражений, поскольку потребителями рекламной информации выступают все граждане, как обладающие знаниями иностранных языков, так и не обладающие знаниями, следовательно, для последних информация будет искаженной.

В нарушение части 11 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» в рекламе, распространенной в оконных проемах НТО, расположенных по адресам: г. Омск, ул. Красный Путь, 84, к. 7 и г. Омск, ул. Красный Путь, 65/3, слова на иностранном языке «VAPE SHOP» использованы без идентичного содержания и технического оформления на русском языке.

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

Довод ИП <...> о том, что рекламодателем информации: «vooroo здесь VOOROO ОФИЦИАЛЬНЫЙ ПАРТНЕР 18+ www.vooro.com» и изображения устройства для потребления никотинсодержащей продукции – VOOROO DRAG H80 S на входных дверях вышеуказанных НТО является <...> Комиссия считает несостоятельным ввиду следующего.

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

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

В силу статьи 210 Гражданского Кодекса Российской Федерации собственник несет бремя содержания, принадлежащего ему имущества, если иное не предусмотрено законом или договором.

Учитывая вышеизложенное, Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу о том, что ИП <...>, как лицо осуществляющее деятельность в указанных НТО и не предпринявший необходимых мер по пресечению распространения рекламы, выступает в данном случае в качестве рекламодателя (пункт 6 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Исходя из определения, данного в пункте 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», <...> является рекламодателем.

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

Кроме того, исходя из определения, данного в пункте 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», ИП <...> является также рекламодателем относительно рекламы, в которой используются иностранные слова.

При этом Комиссия отмечает, что статья 38 Федерального закона «О рекламе» не устанавливает ответственность за нарушение части 11 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» и не определяет субъекта ответственности за нарушение данной нормы.

Рассмотрев материалы дела, пояснения ИП <...>, Комиссия решила признать рекламу, распространенную ИП <...> на НТО, расположенных по адресам: г. Омск, ул. Красный Путь, 84, к.7 и г. Омск, ул. Красный Путь, 65/3 ненадлежащей, нарушающей требования части 11 статьи 5 и пункта 8 статьи 7 Федерального закона «О рекламе»; распространенную на входной двери НТО, расположенного по адресу: г. Омск, ул. Интернациональная, 41/2 - ненадлежащей, нарушающей требования пункта 8 статьи 7 Федерального закона «О рекламе».

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.

В процессе рассмотрения дела представителями ИП <...> представлены фотоснимки, свидетельствующие о том, что в настоящее время ненадлежащая реклама не распространяется, в связи с чем Комиссия пришла к выводу об отсутствии необходимости в выдаче предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

Руководствуясь статьями 33, 36 Федерального закона «О рекламе», 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 распространенные 22.05.2023 ИП <...> (ИНН <...>, ОГРНИП <...>):

- информацию «*vooroo здесь VOORO ОФИЦИАЛЬНЫЙ ПАРТНЕР 18+ www.vooroo.com*» (г. Омск, ул. Красный Путь, 84, к.7 и г. Омск, ул. Красный Путь, 65/3) и изображения устройства для потребления никотинсодержащей продукции – VOORO DRAG H80 S (г. Омск, ул. Красный Путь, 84, к.7 и г. Омск, ул. Красный Путь, 65/3, г. Омск, ул. Интернациональная, 41/2) ненадлежащей рекламой, нарушающей требования пункта 8 статьи 7 Федерального закона «О рекламе»;

- рекламу по адресу: г. Омск, ул. Красный Путь, 65/3 и г. Омск, ул. Красный Путь, 84, к.7 ненадлежащей, нарушающей требования части 11 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» в части использования слов «VAPE SHOP».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ИП <...> не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Омского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 23.06.2023.

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

Председатель Комиссии <...> Члены Комиссии: <...>