

Индивидуальному предпринимателю <...>

<...>

Заявителю - электронно

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

ОБ ОТЛОЖЕНИИ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛА № 042/05/7-1517/2023

«18» декабря 2023г. г. Кемерово

Комиссия Кемеровского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Заместителя
председателя
Комиссии:

<...>

заместителя руководителя управления;

Членов Комиссии:

<...>

начальника отдела рекламы и недобросовестной конкуренции;

<...>

старшего специалиста 1 разряда отдела рекламы

и недобросовестной конкуренции,

рассмотрев дело № 042/05/7-1517/2023, возбужденное в отношении индивидуального предпринимателя <...> (далее – ИП <...> ИНН: 420551117810, ОГРН: 313420529400130, дата присвоения ОГРН: 21.10.2013; адрес регистрации: <...>) по признакам нарушения части 6 статьи 5, пункта 8 статьи 7, статьи 8 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее по тексту- ФЗ «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило обращение физического лица (исх. от 19.10.2023 б/н, вх. от 19.10.2023 № 9792-ЭП/23, далее - Заявитель) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при размещении спорной рекламы на фасаде магазина, на монетнице, расположенной внутри магазина, а также на штендере, установленного возле магазина «PRIME MARKET» по адресу г. Кемерово, ул. Красная, д. 5.

В качестве доказательства, свидетельствующего о наличии признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Заявителем представлены фотографии.

Кемеровским УФАС России проведена фотосъемка информации, размещенной по адресу г. Кемерово, ул. Красная, 5 и установлено следующее:

- над входной дверью размещена вывеска с наименованием магазина «PRIME MARKET», над окном размещена вывеска «ТАБАК, КАЛЬЯНЫ, VAPE», на окне присутствует изображение ... и надпись «Ни в чем себе не отказывай».

- на фасаде здания справа от входной двери размещена реклама с текстом следующего содержания: «PRIME MARKET кальянный магазин ТАБАК ВЭЙП одноразовые испарители АКСССУАРЫ только оригинальная продукция торгуем тем, в качестве чего уверены ПРОСКАНИРУЙ QR-КОД И УЗНАЙ О НАС БОЛЬШЕ с изображением QR-кода».

- внутри магазина на кассовой тарелке (монетнице) размещена реклама следующего содержания: «КОГДА МЫ РАБОТАЕМ наши конкуренты занимаются только этим;) с изображением лица девушки, облизывающей чупа-чупс ТАБАК ВЭЙП одноразовые испарители АКСССУАРЫ ЗАКАЖИТЕ ДОСТАВКУ ONLINE или посетите наш розничный магазин по адресу: г. Кемерово, ул. Красная, д. 5 PRIME-INC.RU следите за новостями и изображение QR-кода».

На момент фиксации спорной информации штендер отсутствовал.

С учетом вышеизложенного, выносные штендеры не относятся к рекламным конструкциям, следовательно, признаки нарушения части 9 статьи 19 ФЗ «О рекламе» отсутствуют.

Вместе с тем согласно Акту осмотра, Кемеровским УФАС России установлен факт размещения рекламы магазина, табачной продукции и курительных принадлежностей по адресу: г. Кемерово, ул. Красная, дом 5.

В соответствии со статьей 3 ФЗ «О рекламе» реклама это - 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.

Согласно статье 3 ФЗ «О рекламе» 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.

Из разъяснений Президиума ВАС РФ в пункте 16 информационного письма от 25.12.1998 № 37, информация, очевидно ассоциирующаяся у потребителя с определенным товаром, должна рассматриваться как реклама этого товара.

Согласно части 11 статьи 5 ФЗ «О рекламе» при производстве, размещении и распространении рекламы должны соблюдаться требования законодательства Российской Федерации, в том числе требования гражданского законодательства.

В силу пункта 8 статьи 7 ФЗ «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. Таким образом, Российское законодательство не допускает распространение рекламы табака, табачной продукции, табачных изделий и курительных принадлежностей, в том числе, кальянов, любым способом.

Размещенная информация на фасаде здания: «PRIME MARKET кальянный магазин ТАБАК ВЭЙП одноразовые испарители АКССУАРЫ только оригинальная продукция торгуем тем, в качестве чего уверены ПРОСКАНИРУЙ QR-КОД И УЗНАЙ О НАС БОЛЬШЕ с изображением QR-кода», на штендере: «ТАБАК, ВЕЙП, одноразовые испарители, аксессуары. ЗАКАЖИТЕ ДОСТАВКУ ONLINE» с изображением QR-кода, на монетнице: «КОГДА МЫ РАБОТАЕМ наши конкуренты занимаются только этим;) с изображением лица девушки, облизывающей чупа-чупс ТАБАК ВЭЙП одноразовые испарители АКССУАРЫ ЗАКАЖИТЕ ДОСТАВКУ ONLINE или посетите наш розничный магазин по адресу: г. Кемерово, ул. Красная, д. 5 PRIME-INC.RU следите за новостями и изображение QR-кода» привлекает интерес потребителей к деятельности данного магазина (торговой точке) по продаже табачной продукции, курительных принадлежностей и аксессуаров к ним, дает явное представление о реализации данных товаров и по своему содержанию и формату размещения направлена на привлечение внимания посетителей к данному магазину и поддержанию интереса, как к продавцу, так и к ассортименту реализуемой им продукции.

Данная информация является рекламой, поскольку соответствует признакам рекламы: имеет направленность на привлечение внимания к продукции магазина,

который осуществляет предпринимательскую деятельность на одной из главных городских улиц, на которой большой трафик прохожих, в том числе студентов, способствуют тому, что ознакомиться с размещенной рекламой на фасаде здания, на штендере могут не только посетители магазина, но и прохожие, в том числе несовершеннолетние.

Кроме того, размещенная надпись на окне данного магазина «Ни в чем себе не отказывай» звучит как слоган, призывающий, побуждающий и агитирующий к покупке товаров.

QR-код является ссылкой для перехода в группу социальной сети «Telegram», в которой размещаются сведения о данном магазине, реализуемых в данном магазине товарах, в том числе курительных принадлежностях, скидках, предложениях, стимулирующих на покупку товара.

Реализация товаров посредством информационно - телекоммуникационной сети «Интернет», телефона осуществляется в рамках договора розничной купли-продажи и подпадает под понятие дистанционный способ продажи.

Согласно части 2 статьи 497 ГК РФ дано определение дистанционного способа продажи, в соответствии с которым договор розничной купли-продажи может быть заключен на основании ознакомления покупателя с предложенным продавцом описанием товара посредством каталогов, буклетов, проспектов, 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).

Таким образом, данный договор характеризуется двумя отличительными признаками: во-первых, отсутствие прямого, непосредственного контакта потребителя с товаром либо с его образцом до заключения договора и в момент его заключения, и во-вторых, определение ознакомления с товаром (каталоги, буклеты, проспекты, фотоснимки, средства связи и т.д.).

В пункте 12 Правил продажи товаров при дистанционном способе продажи товара по договору розничной купли-продажи, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 31.12.2020 № 2463 (далее - Правила), Продавец обязан заключить договор розничной купли-продажи с любым лицом, выразившим намерение приобрести товар на условиях оферты.

Договор розничной купли-продажи считается заключенным с момента выдачи продавцу кассового или товарного чека либо иного документа, подтверждающего оплату товара, или с момента получения продавцом сообщения потребителя о намерении заключить договор розничной купли-продажи.

В части 3 статьи 497 ГК РФ определен момент исполнения договора розничной купли-продажи, заключенного дистанционным способом продажи: договор считается исполненным с момента доставки товара, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором.

Указанная реклама исключает возможность непосредственного ознакомления потребителя с товаром либо образцом товара при заключении договора,

заключаемого посредством получения продавцом сообщения по телефону о намерении покупателя приобрести товар.

Таким образом, рассматриваемая реклама является рекламой товаров при дистанционном способе их продажи.

В соответствии с требованиями статьи 8 ФЗ «О рекламе» в рекламе товаров при дистанционном способе их продажи должны быть указаны сведения о продавце таких товаров: наименование, место нахождения и государственный регистрационный номер записи о создании юридического лица; фамилия, имя, отчество, основной государственный регистрационный номер записи о государственной регистрации физического лица в качестве индивидуального предпринимателя.

Однако в нарушение требований статьи 8 ФЗ «О рекламе» указанная выше реклама не содержит сведений о фамилии, имени, отчестве, основном государственном регистрационном номере индивидуального предпринимателя, осуществляющего продажу товаров дистанционным способом.

Таким образом, рассматриваемая реклама нарушает требования пункта 8 статьи 7, статью 8 ФЗ «О рекламе», поскольку представляет собой рекламу табака, табачной продукции, табачных изделий и курительных принадлежностей, в том числе, кальянов, которые можно приобрести, в том числе дистанционным способом.

Кроме того, внутри магазина на кассовой тарелке (монетнице) размещена информация следующего содержания: «КОГДА МЫ РАБОТАЕМ наши конкуренты занимаются только этим;»)» с изображением лица девушки, облизывающей чупа-чупс.

Согласно части 6 статьи 5 ФЗ «О рекламе» в рекламе не допускается использование бранных слов, непристойных и оскорбительных образов, сравнений и выражений, в том числе в отношении пола, расы, национальности, профессии, социальной категории, возраста, языка человека и гражданина, официальных государственных символов (флагов, гербов, гимнов), религиозных символов, объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов Российской Федерации, а также объектов культурного наследия, включенных в Список всемирного наследия.

Таким образом, данное положение ФЗ «О рекламе» запрещает использовать в рекламе бранные слова, непристойные образы, сравнения, выражения, оскорбительные образы.

К непристойным образам, сравнениям, выражениям могут быть отнесены такие слова и изображения, которые нарушают общепринятые нормы и принципы поведения в обществе с точки зрения морали и нравственности.

Вопрос отнесения изображений, слов и иных образов к оскорбительным носит субъективно-оценочный характер, который основан на восприятии данной информации каждым индивидуумом в отдельности. При этом очевидно, что восприятие одной и той же информации разными людьми может отличаться в зависимости от личностных характеристик субъекта (возраста, образования,

воспитания, семейных устоев, места проживания и прочее).

Соответственно, возможна ситуация, когда одна и та же реклама оценивается неоднозначно с точки зрения ее этичности различными категориями населения. При этом, по мнению ФАС России, для признания рекламы неэтичной не требуется получение единогласного мнения или мнения абсолютного большинства потребителей рекламы, достаточно установить наличие значимого количества людей, воспринимающих рекламу как неэтичную.

На основании изложенного, рассматриваемая реклама следующего содержания: «КОГДА МЫ РАБОТАЕМ наши конкуренты занимаются только этим;)» с изображением лица девушки, облизывающей чупа-чупс, нарушает требования части 6 статьи 5 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 6 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований части 6 статьи 5 ФЗ «О рекламе» несет рекламодатель.

В соответствии с частями 6, 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных пунктом 8 статьи 7 ФЗ «О рекламе» несёт как рекламодатель, так и рекламораспространитель.

В соответствии с частью 6 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований статьи 8 ФЗ «О рекламе» несет рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

В данном случае рекламодателем и рекламораспространителем является индивидуальный предприниматель <...> (ИНН: 420551117810, ОГРН: 313420529400130, дата присвоения ОГРН: 21.10.2013; адрес регистрации: <...>).

14.11.2023 определением о возбуждении дела по признакам нарушения ФЗ «О рекламе» Кемеровским УФАС России было возбуждено дело № 042/05/7-1517/2023 в отношении ИП <...> и назначено к рассмотрению на 18.12.2023 на 11 часов 00 минут. Копия данного определения была направлена в адрес ИП <...> заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» с отметкой «возврат отправителю из-за истечения срока хранения» имеется в материалах дела), а также данное определение вручено ИП <...> под расписку, заявителю направлено по электронной почте.

15.12.2023 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения от ИП <...> (исх. от 15.12.2023 № б/н, вх. от 15.12.2023 № 11963-ЭП/23), из которых следует, что вывеска, размещенная на фасаде здания «Табак, Кальяны, VAPЕ» не является рекламной конструкцией и / или рекламой, не направлена на продвижение какого-либо товара, поскольку не содержит никаких характеристик, выделяющих какой бы то ни было товар среди других товаров, имеет чисто информационный характер о родовой принадлежности товаров, представленных в магазине. В части информирования о перечне реализуемой в магазине продукции состав правонарушения отсутствует.

По данному доводу Комиссия Кемеровского УФАС России отмечает, что согласно определению о возбуждении дела № 042/05/7-1517/2023 от 14.11.2023 по вывеске

«Табак, Кальяны, VAPЕ» признаки нарушения требований ФЗ «О рекламе» не устанавливались.

Также ИП <...> поясняет, что художественная вывеска с изображением вымышленного персонажа мультфильма с надписью «Ни в чем себе не отказывай» является развлекательно-игровой вывеской с целью создания позитивного настроения у прохожих.

Выносной щтендер не выносится на улицу и не устанавливается на улице, он находится в помещении магазина в сложенном виде. Изображение на щтендере части лица девушки, облизывающей леденец не изображает потребление табачной и / или никотиносодержащей продукции. Данная картинка использована в качестве цветного фона для информации о родовой принадлежности товаров, представленных в магазине без указания конкретных брендов, марок, количественных и качественных характеристик.

ИП <...> (магазин PRIME MARKET) не осуществляет дистанционную продажу табачной продукции и публикацию товаров, такая возможность отсутствует как на законодательном уровне, так и на техническом уровне, при переходе по ссылке любой человек попадает в закрытый телеграмм-канал без технической возможности сделать и / или оплатить заказ табачной или никотиносодержащей продукции.

В части размещения информации «КОГДА МЫ РАБОТАЕМ наши конкуренты занимаются только этим» ИП <...> сообщает, что данная информация размещена внутри магазина, следовательно, не адресована неопределенному кругу лиц, что исключает ее квалификацию в качестве рекламы .

Вместе с тем Кемеровским УФАС России установлено, что данное выражение с изображением лица девушки, облизывающей чупа-чупс размещено на монетнице и на выносном щтендере.

Для каких целей в спорной рекламе (на монетнице и на щтендере) используется QR-код с текстом ЗАКАЖИТЕ ДОСТАВКУ ONLINE или посетите наш розничный магазин по адресу: г. Кемерово, ул. Красная, д. 5 PRIME-INC.RU ИП <...> в пояснениях не указал.

18.12.2023 состоялось рассмотрение дела № 042/05/7-1517/2023 в присутствии ИП <...>, который поддержал ранее направленные пояснения.

Учитывая вышеизложенное, Комиссия Кемеровского УФАС России решила рассмотрение дела № 042/05/7-1517/2023 отложить для получения дополнительных доказательств по делу.

В соответствии с пунктом 32, абзацем 2 пункта 38 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922, Комиссия Кемеровского УФАС России,

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Рассмотрение дела № 042/05/7-1517/2023 отложить.

2. Назначить дело № 042/05/7-1517/2023 к рассмотрению на 29 января 2024 года на 11 часов 00 минут по адресу: 650000, г. Кемерово, ул. Ноградская, д.5, каб. 309. Регистрация участников дела состоится в 10 часов 50 минут в каб. 316.

3. ИП<...> представить в адрес Кемеровского УФАС России в срок до 25 января 2024 года имеющиеся письменные пояснения по поводу распространения рекламы, содержащей признаки нарушения по части 6 статьи 5, пункта 8 статьи 7, статьи 8 ФЗ «О рекламе».

Дополнительно сообщаем о возможности рассмотрения дела с использованием систем видеоконференцсвязи или программ, обеспечивающих голосовую видеосвязь посредством сети «Интернет».

Для участия в рассмотрении дела дистанционно с использованием системы видеоконференцсвязи, Вам необходимо за 3 рабочих дня до заседания заявить соответствующее ходатайство с указанием данных IT-специалиста Вашей организации (номер телефона, адрес электронной почты) и получить гиперссылку для подключения видеоконференцсвязи.

При этом документы, подтверждающие полномочия представителей лиц, участвующих в рассмотрении дела, должны быть оформлены в соответствии с законодательством Российской Федерации и направлены в адрес Кемеровского УФАС России с вышеуказанным ходатайством.

Одновременно сообщаем, что независимо от формы участия в заседании Комиссии Кемеровского УФАС России, все письменные пояснения и документы будут всесторонне изучены и учтены при рассмотрении дела.

Заместитель председателя Комиссии <...>

Члены Комиссии: <...>

<...>

