РЕШЕНИЕ

по делу № 055/05/7-683/2023

05 июля 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 (далее также – Комиссия)

в составе: председатель Комиссии – (), члены Комиссии: (),

рассмотрев материалы дела № 055/05/7-716/2023 по факту распространения индивидуальным предпринимателем () рекламы, нарушающей требования части 11 статьи 5, пункта 8 статьи 7 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в отсутствие ИП () извещенной надлежащим образом (ходатайство вх. № 6091-ЭП/23 от 03.07.2023),

УСТАНОВИЛА:

17.05.2023 Омским УФАС России был выявлен факт размещения на нестационарном торговом объекте (далее НТО) с наименованием «URBAN VAPE STORE», расположенного по адресу: г. Омск, пр. Мира, д. 19/2В, изображения устройства VOOPOO DRAG H 80 (электронной сигареты), текста «VOOPOO здесь официальный партнер 18+ www.voppoo.com», «VAPE SALE».

Согласно информации на режимной вывеске деятельность в НТО по адресу: пр. Мира, д. 19/2В осуществляет ИП ().

В соответствии со сведениями из Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей от 26.05.2023 ИП () осуществляет свою деятельность в соответствии с ОКВЭД ОК 029-2014 (КДЕС Ред.2): - 47.11 торговля розничная преимущественно пищевыми продуктами, включая напитки, и табачными изделиями в неспециализированных магазинах; - 47.8 торговля розничная в нестационарных торговых объектах и на рынках пищевыми продуктами, напитками и табачной продукцией.

Определением Омского УФАС России в отношении ИП () возбуждено дело № 055/05/7-716/2023 по признакам нарушения требований части 11 статьи 5 и пункта 8 статьи 7 Федерального закона «О рекламе», заседание Комиссии назначено на 05.07.2023, определение о возбуждении дела было направлено ИП () заказным письмом исх. № ТШ/3723/23 от 19.06.2023.

ИП () представлены пояснения: «…Индивидуальный предприниматель () считает Определение Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области по делу № 055/05/7-716/2023 от 16.06.2023 незаконным и подлежащим отмене по следующим основаниям: … Индивидуальный предприниматель () 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 различный 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» (). 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 с Индивидуальным предпринимателем (), так и ее представителей, а также продавцов Индивидуального предпринимателя () о размещении на входных дверях нестационарных торговых объектов «URBAN VAPE STORE»», 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 принадлежностях, 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…» (вх. № 6067-ЭП/23 от 30.06.2023).

ИП () в качестве доказательства были представлены объяснения ()

Рассмотрев материалы дела, письменные 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.

Пунктом 1 статьи 455 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) установлено, что товаром по договору купли-продажи могут быть любые вещи, не изъятые из оборота. 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 (пункт 1 статьи 467 ГК РФ).

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. 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. Согласно сведениям сайта www.voopoo.com рекламируемый товар VOOPOO DRAG H80 является устройством, предназначенным для потребления никотинсодержащей продукции.

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 содержались 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;

- дата регистрации: 17.06.2019;

- срок действия: до 17.06.2029;

- класс МКТУ 34 «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…».

Рассматриваемая информация, размещенная на НТО, подпадает под понятие рекламы, распространена наружным способом в адрес неопределенного круга (в том числе несовершеннолетних), направлена на привлечение внимания и поддержания интереса как к продавцу (магазины «URBAN VAPE STORE»), так и к ассортименту реализуемой им продукции (в том числе электронного устройства VOOPOO DRAG H80 S) и дает явное представление о реализации конкретного товара в конкретном месте продажи.

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.

В нарушение пункта 8 статьи 7 Федерального закона «О рекламе» на входных дверях НТО размещалась реклама устройств, предназначенных для потребления никотинсодержащей продукции.

Частью 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 на НТО, слова на иностранном языке «VAPE SALE» использованы без идентичного содержания и технического оформления на русском языке.

Довод ИП () о том, что рекламодателем и рекламораспространителем рекламы с изображением устройства для потребления никотинсодержащей продукции является торговый представитель «VOOPOO» гражданин () 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»).

Рекламораспространитель - 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, ИП (), как лицо осуществляющее деятельность в указанных НТО и не предпринявшее необходимых мер по пресечению распространения рекламы, в данном случае выступает в качестве рекламораспространителя.

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 за нарушение требований пункта 8 статьи 7 Федерального закона «О рекламе» ответственность несут рекламодатель и рекламораспространитель.

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, Комиссия решила признать рекламу, распространенную ИП () по адресу пр. Мира, д. 19/2В, ненадлежащей, нарушающей требования части 11 статьи 5, 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 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 рекламу устройства VOOPOO DRAG H 80, «VOOPOO здесь официальный партнер 18+ www.voppoo.com», распространенную ИП () 17.05.2023 по адресу: пр. Мира, д. 19/2В, ненадлежащей, нарушающей требования пункта 8 статьи 7 Федерального закона «О рекламе».

2. Признать рекламу «VAPE SALE», распространенную () 17.05.2023 по адресу: пр. Мира, д. 19/2В, ненадлежащей, нарушающей требования части 11 статьи 5 Федерального закона «О рекламе».

3. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ИП () не выдавать.

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

Решение изготовлено в полном объеме 11.07.2023.

Решение может быть обжаловано в Арбитражный суд в порядке,

предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.