ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ № 042/05/7-1770/2019

«26» февраля 2020г. г. Кемерово

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

Заместителя председателя Комиссии: <…> -

Членов Комиссии: <…> - заместителя руководителя управления;

начальника отдела рекламы недобросовестной конкуренции и финансовых рынков;

специалиста - эксперта отдела рекламы, недобросовестной конкуренции и финансовых рынков, <…>-

рассмотрев дело № 042/05/7-1770/2019, возбужденное в отношении общества с ограниченной ответственностью «А42» (далее – ООО «А42», юридический адрес: 650000, г. Кемерово, пр. Кузнецкий, 18, ОГРН 1084205004620, дата присвоения ОГРН 06.03.2008, ИНН 4205151382, КПП 420501001) по признакам нарушения пункта 8 статьи 7 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее по тексту - ФЗ «О рекламе») присутствии представителя ООО «А42» <…> по доверенности от 20.01.2020 № 02/20,

УСТАНОВИЛА:

13.08.2019 в адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило обращение <…> (вх. № 4298э от 13.08.2019) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы в сети Интернет.

Кемеровским УФАС России была осмотрена страница сайта в сети Интернет,

указанная в обращении, по результатам составлен Акт осмотра сайта от 20.08.2019 и установлено, что на странице сайта http://gazeta.a42.ru/lenta/news/59065_filip-morris-interneshnl-rasshiryaet-geografiyu-prisutstviya размещена реклама от 09.08.2019 следующего содержания:

-«Компания «Филип Моррис Интернэшнл» (ФМИ) продолжает расширять в России географию присутствия инновационного продукта с пониженным риском – системы нагревания табака IQOS. После запуска IQOS в Москве в 2015 году бренд стал доступен совершеннолетним курильщикам в 35 городах России и онлайн по всей стране. Теперь инновационное устройство и сопутствующие аксессуары можно будет приобрести еще в 40 городах, в том числе и в Кемерове. Бренд открывает более 10 точек продаж по всему городу…. IQOS – один из первых и наиболее научно изученных продуктов в линейке бездымной продукции ФМИ. … Электрическая система нагревания табака была изобретена для снижения вреда здоровью курильщиков и людей, которые находятся с ними рядом…» с изображением системы нагревания табака IQOS.

11.10.2019 определением о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Кемеровским УФАС России было возбуждено дело № 042/05/7-1770/2019 в отношении ООО «А42» и назначено к рассмотрению на 19.11.2019 в 10 часов 30 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «А42» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта ФГУП «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

18.11.2019 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения представителя по доверенности ООО «А42» Горюновой Юлии Вадимовны (исх. от 18.11.2019 № 15), из которых следует, что рассматриваемая статья не может быть квалифицирована как нарушение запрета рекламы табака, табачной продукции, табачных изделий и курительных принадлежностей, установленного пунктом 8 статьи 7 ФЗ «О рекламе» в силу следующего:

IQOS не является табачной продукцией, табачным изделием или курительной принадлежностью, реклама которых запрещена пунктом 8 статьи 7 ФЗ «О рекламе». IQOS – это инновационная система нагревания табака, которая используется со специально разработанными нагреваемыми табачными палочками (стиками) HEETS. Система IQOS предназначена для совершеннолетних курильщиков, которые не намереваются отказываться от потребления табака. Система IQOS состоит из двух основных элементов: держателя и зарядного устройства (аккумулятора), которое предназначено для подзарядки держателя после каждого использования.

Являясь электрическим устройством, IQOS не содержит табак и продается отдельно от стиков. Его нельзя отнести к табаку, табачной продукции и табачным изделиям. На IQOS и стики не распространяется действие Технического регламента на табачную продукцию Таможенного союза ТР ТС 035/2014 и Федерального закона от 22.12.2008 № 268 - ФЗ «Технический регламент на табачную продукцию».

IQOS также не признается курительной принадлежностью, поскольку не имеет отношения к процессу курения. В ФЗ «О рекламе» отсутствует определение курительной принадлежности, но, исходя из буквального толкования

рассматриваемой нормы закона, курительная принадлежность обязательно должна быть связана с процессом курения. Это подтверждается перечнем курительных принадлежностей в ФЗ «О рекламе», который включает трубки, кальяны, сигаретную бумагу и зажигалки, то есть приспособления, непосредственно связанные с процессом курения табака.

Следовательно, устройство IQOS как таковое квалифицируется как устройство для нагревания, а не как курительная принадлежность. При этом, само устройство соответствует всем применимым техническим требованиям, что подтверждается документами, приложенными к письменным пояснениям.

Применительно к рассматриваемому материалу в сети Интернет следует отметить, что в нем отсутствуют какие – либо изображения табака, табачных изделий, табачной продукции, курительных принадлежностей и процесса курения. Товарный знак IQOS используется для индивидуализации электрического прибора и не используется для индивидуализации нагреваемых табачных стиков.

Таким образом, информация, размещенная в сети Интернет по адресу http://gazeta.a42.ru/lenta/news/59065_filip-morris-interneshnl-rasshiryaet-geografiyu-prisutstviya не противоречит пункта 8 статьи 7 ФЗ «О рекламе».

19.11.2019 состоялось рассмотрение дела № 042/05/7-1770/2019 в присутствии представителей по доверенности ООО «А42» <…>, <…>, которые поддержали представленные письменные пояснения.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения данного дела для получения дополнительных доказательств.

Определением от 19.11.2019 рассмотрение дела № 042/05/7-1770/2019 было отложено на 21.01.2020 в 10 часов 00 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «А42» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта ФГУП «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

21.01.2020 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения представителя по доверенности ООО «А42» <…> (доверенность № 02/20 от 20.01.2020), из которых следует, что относительно того, может ли устройство IQOS квалифицироваться в 34 классе Международного классификатора товаров и услуг (далее – МКТУ), ООО «А42» отмечает, что МКТУ была принята в рамках Ниццкого соглашения от 15.06.1957 на международной дипломатической конференции в Ницце, которое было в дальнейшем пересмотрено в Стокгольме 14 июля 1967, в Женеве 13 мая 1977 и изменено 28 сентября 1979 (далее – Ниццкое соглашение).

Согласно статье 1 Ниццкого соглашения единая классификация товаров и услуг принимается только для целей регистрации товарных знаков. Такая классификация не предназначена для использования в иных целях, в том числе в целях идентификации тех или иных товаров на рынке.

Более того, исходя из статьи 2 Ниццкого соглашения, классификация не связывает страны – участницы даже в отношении определения объема правовой охраны

товарного знака. Пределы указанной охраны могут не соответствовать строго положениям классификации.

Ограниченный характер применения МКТУ подтверждается в том числе судебной практикой. Так, согласно пункту 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.12.2007 № 122 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности» суд отметил, что, в соответствии с положениями статьи 2 Ниццкого соглашения о Международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков от 15.06.1957, принятая классификация товаров и услуг не влияет на оценку однородности товаров и услуг.

Таким образом, для идентификации устройства IQOS, представленного на рынке, нельзя руководствоваться положениями МКТУ. Товарный знак IQOS, используемый для индивидуализации электрической системы нагревания табака, зарегистрирован в нескольких классах МКТУ, в частности, 09, 11, 34. Однако, факт регистрации товарного знака IQOS по широкому перечню товаров 34 классов МКТУ не может иметь значения для классификации и тем более для идентификации устройства, выпускаемого правообладателем под указанным товарным знаком.

21.01.2020 состоялось рассмотрение дела № 042/05/7-1770/2019 в присутствии представителей ООО «А42» <…>, <…>. <…> заявил ходатайство о приобщении к материалам данного дела копии заключения профессора Сергеева А.П. от 20.11.2019, а также копии Ниццкого соглашения о международной классификации товаров и услуг для регистрации товарных знаков.

Данное ходатайство удовлетворено Комиссией Кемеровского УФАС России.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения данного дела для получения дополнительных доказательств.

Определением от 21.01.2020 рассмотрение дела № 042/05/7-1770/2019 было отложено на 26.02.2020 в 13 часов 30 минут. Данное определение было направлено в адрес ООО «А42» заказным письмом с уведомлением о вручении (распечатка с сайта ФГУП «Почта России: отслеживание почтовых отправлений» о вручении почтовой корреспонденции имеется в материалах дела).

26.02.2020 состоялось рассмотрение дела № 042/05/7-1770/2019 в присутствии представителя ООО «А42» <…> (доверенность № 02/20 от 20.01.2020), который поддержал представленные ранее письменные пояснения.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России установила:

13.08.2019 в адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило обращение <…> (вх. № 4298э от 13.08.2019) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении рекламы в сети Интернет.

Кемеровским УФАС России была осмотрена страница сайта в сети Интернет, указанная в обращении, по результатам составлен Акт осмотра сайта от 20.08.2019 и установлено, что на странице сайта

http://gazeta.a42.ru/lenta/news/59065_filip-morris-interneshnl-rasshiryaet-geografiyu-prisutstviya размещена реклама от 09.08.2019 следующего содержания:

-«Компания «Филип Моррис Интернэшнл» (ФМИ) продолжает расширять в России географию присутствия инновационного продукта с пониженным риском – системы нагревания табака IQOS. После запуска IQOS в Москве в 2015 году бренд стал доступен совершеннолетним курильщикам в 35 городах России и онлайн по всей стране. Теперь инновационное устройство и сопутствующие аксессуары можно будет приобрести еще в 40 городах, в том числе и в Кемерове. Бренд открывает более 10 точек продаж по всему городу…. IQOS – один из первых и наиболее научно изученных продуктов в линейке бездымной продукции ФМИ. … Электрическая система нагревания табака была изобретена для снижения вреда здоровью курильщиков и людей, которые находятся с ними рядом…» с изображением системы нагревания табака IQOS.

Из ответа АО «РСИЦ» (исх. № 4236-С от 28.08.2019) следует, что администратором домена a42.ru является ООО «А42».

Из ответа ООО «А42» (исх. № 13 от 11.09.2019) следует, указанная реклама была размещена на основании договора от 29.07.2019 № <…> об оказании рекламных услуг, заключенного с ООО «Агентство Массированных Коммуникаций».

В соответствии с пунктом 1.1 договора ООО «Агентство Массированных Коммуникаций» (Заказчик) предоставляет ООО «А42» (Исполнитель) информацию, необходимую для изготовления и/или размещения рекламной продукции.

Пунктом 2.3.2 договора установлено, что Исполнитель обязуется предупредить Заказчика и, до получения от него предложений, либо новой рекламной продукции, приостановить исполнение настоящего договора при обнаружении несоответствия, непригодности, недостаточности или недоброкачественности предоставленной им рекламной продукции.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и согласно пункту 2 статьи 3 ФЗ «О рекламе» 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.

Согласно части 1 статьи 16 Федерального закона от 23.02.2013 № 15 –ФЗ «Об охране здоровья граждан от воздействия окружающего табачного дыма и последствий потребления табака», в целях сокращения спроса на табак и табачные изделия запрещается реклама и стимулирование продажи табака, табачной продукции и (или) потребления табака.

Подпунктом г пункта 1 части 1 статьи 16 Федерального закона от 23.02.2013 № 15 –ФЗ «Об охране здоровья граждан от воздействия окружающего табачного дыма и последствий потребления табака» установлен запрет на использование и имитацию табачного изделия при производстве других видов товаров, не являющихся табачными изделиями, при оптовой и розничной торговле такими

товара.

При этом в соответствии с частью 4 статьи 2 ФЗ «О рекламе» специальные требования и ограничения, установленные данным 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 данным Федеральным законом установлены специальные требования и ограничения.

Частью 11 статьи 5 ФЗ «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.

Информация, размещенная на странице сайта http://gazeta.a42.ru/lenta/news/59065_filip-morris-interneshnl-rasshiryaet-geografiyu-prisutstviya о введении в продажу электрической системы нагревания табака IQOS направлена на привлечение внимания (формирования или поддержания интереса) к продукции и компании «Филип Моррис Интернэшнл» - электрической системы нагревания табака IQOS и продвижения ее на рынке.

Кемеровским УФАС России установлено, что IQOS – это система нагревания табака, разработанная компанией «Филип Моррис Интернэшнл». В ходе работы выделяет аэрозоли, содержащие никотин и другие химические вещества, эти аэрозоли потребляются курильщиками путем вдыхания через рот.

19.02.2020 в адрес Кемеровского УФАС России поступило письмо ФАС России № АК/111963/19 «О рекламе систем нагревания табака», из которого следует, что в соответствии с пунктом 1 статьи 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 и поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

При этом пунктом 8 статьи 7 ФЗ «О рекламе» не допускается реклама табака, табачной продукции, табачных изделий и курительных принадлежностей, в том числе трубок, кальянов, сигаретной бумаги, зажигалок.

Таким образом, ФЗ «О рекламе» установлен запрет рекламы как табачных изделий, так и курительных принадлежностей, перечень которых, содержащийся в пункте 8 статьи 7 ФЗ «О рекламе» не является исчерпывающим.

ФЗ «О рекламе» не содержит понятия табачной продукции, табачного изделия и курительной принадлежности. Вместе с тем, понятия табачной продукции, табачного изделия содержатся в статье 2 Федерального закона от 22.12.2008 № 268 – ФЗ «Технический регламент на табачную продукцию», согласно которым табачные изделия – это продукты, полностью или частично изготовленные их табачного листа в качестве сырьевого материала, приготовленного таким образом, чтобы использовать для курения, сосания, жевания или нюханья, а

табачная продукция – табачное изделие, упакованное в потребительскую тару. Понятие курительной принадлежности в указанных законодательных актах не содержится.

Электрическая система нагревания табака IQOS используется в настоящее время как средство доведения до потребителя табачных изделий – табака нагреваемого.

Способ доведения – нагревание отличается от традиционного – путем горения (тления). Однако общий смысл для потребителя процесса остается прежним – курение табачных изделий. Следовательно, в настоящий момент реклама электрической системы нагревания IQOS может ассоциироваться у потребителя с процессом употребления табачных изделий, только новым способом.

Однако, нельзя не отметить, что данные устройства представляют из себя обыкновенные аэрозольные нагреватели, которые потенциально могут быть использованы для других целей, например, медицинских, или как средство для доведения до потребителя веществ, не содержащих никотин. В этих случаях, действительно, можно будет рассматривать электрическую систему нагревания как отдельный товар, используемый в различных целях, в том числе лечебных и профилактических.

Соответственно, вопрос относительно применимости к рекламе электрической системы нагревания IQOS как аэрозольных нагревателей запретов, установленных ФЗ «О рекламе» в отношении рекламы табака, табачных изделий, курительных принадлежностей, требует дополнительного разрешения.

В разделе II Концепции осуществления государственной политики противодействия потреблению табака и иной никотинсодержащей продукции в Российской Федерации на период до 2035 года и дальнейшую перспективу, утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации от 18.11.2019 № 2732 – р (далее – Концепция), обращается внимание, что «распространение получают новые виды курительных табачных изделий, потребляемых с помощью специально разработанной курительной принадлежности – устройства для нагревания табака, а также иной никотинсодержащей продукции».

Согласно разделу III Концепции основными задачами Концепции являются сокращение спроса на табак и иную никотинсодержащую продукцию среди населения; сокращение предложения табака и иной никотинсодержащей продукции среди населения; совершенствование медицинской профилактики потребления табака и иной никотинсодержащей продукции и медицинской помощи, направленной на прекращение потребление табака и иной никотинсодержащей продукции. При этом основные направления решения данных задач Концепции изложены в разделе IV Концепции.

В силу пункта 3 распоряжения Правительства Российской Федерации от 18.11.2019 № 2732-р, утвердившего Концепцию, Минздраву России совместно с заинтересованными федеральными органами исполнительной власти в 6-месячный срок поручено разработать план мероприятий по реализации Концепции и внести его в Правительство Российской Федерации в установленном порядке.

Таким образом, для реализации целей и задач Концепции предполагается принятие дополнительных нормативных правовых актов в данной сфере.

Соответственно, вопрос о том, относятся ли любые электронные системы доставки никотина к курительным принадлежностям, может быть напрямую разрешен при внесении изменений в соответствующие нормативные правовые акты.

В случае внесения в нормативные правовые акты изменений, указывающих на отнесение электронных систем доставки никотина к табаку, табачным изделиям или курительным принадлежностям, на рекламу указанных товаров будет распространятся запрет пункта 8 статьи 7 ФЗ «О рекламе».

На основании изложенного, в связи с тем, что электрическая система нагревания табака IQOS не относится к табачной продукции, табачным изделиям и курительным принадлежностям, нарушение требований пункта 8 статьи 7 ФЗ «О рекламе» в данном случае отсутствует.

Руководствуясь абзацем «а» пункта 36 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссия Кемеровского УФАС России,

ОПРЕДЕЛИЛА:

Производство по делу № 042/05/7-1770/2019 в отношении общества с ограниченной ответственностью «А42» (юридический адрес: 650000, г. Кемерово, пр. Кузнецкий, 18, ОГРН 1084205004620, дата присвоения ОГРН 06.03.2008, ИНН 4205151382, КПП 420501001) прекратить в связи с неподтверждением в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.