

Лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе:

Индивидуальный предприниматель

У.А.В.

Заявитель:

В.

РЕШЕНИЕ

по делу № 047/05/21-7/2021

Резолютивная часть решения оглашена: 24.05.2021 Санкт-Петербург

Решение изготовлено в полном объеме: 07.06.2021

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Ленинградской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе (далее – Комиссия):

<...>– заместитель руководителя Ленинградского УФАС России, председатель Комиссии;

<...>– начальник отдела контроля товарных рынков и рекламы Ленинградского УФАС России, член Комиссии,

<...>– заместитель начальника отдела контроля товарных рынков и рекламы Ленинградского УФАС России, член Комиссии,

рассмотрев дело № 047/05/21-7/2021 по признакам нарушения пункта 8 части 2 статьи 21 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»,

в присутствии представителей У.А.В. по доверенности Н.Д.А. и М.Э.Р.

в отсутствие заявителя В. (уведомлен надлежащим образом о месте и времени рассмотрения),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Ленинградской области из Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве поступило заявление гр. В. (далее - Заявитель) о признаках нарушения Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе).

Из обращения следует, что Заявителем была обнаружена ненадлежащая реклама алкогольного напитка «Martini Fiero» торговой марки Martini, распространявшейся на официальном youtube-канале (<...>) ИП У.А.В. по следующему адресу: <...> («Марьяна Ро про Ивангая и наркотики/ Японский трэш/ Человек из прошлого/ AgentShow 2.0»).

В видеоролике по ссылке в сети «Интернет»: <...> в интервале с 15:20 по 15:37 и с 16:08 по 16:34 минуты ИП У.А.В. демонстрирует процесс приготовления алкогольного коктейля, демонстрируя при этом зрителям бутылку алкогольного напитка «Martini Fiero» торговой марки Martini, брендированный бокал «Martini» повернутый этикеткой с обозначением торговой марки «Martini» к зрителям, а также тоник, повернутый в кадре так, чтобы не дать однозначно идентифицировать зрителям его бренд.

Определением от 12.05.2021 № О/04/28 в отношении ИП У.А.В. возбуждено дело № 047/05/21-7/2021 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, дело назначено к рассмотрению на 24.05.2021 в 13:30.

В ходе рассмотрения дела № 047/05/28-11/2020 представители У.А.В. представили свою позицию, в которой указали, что в рамках настоящего дела У. А.В., являющаяся создателем и владельцем канала <...> на видеохостинге YouTube (далее - «Канал»), считает необходимым пояснить нижеследующее:

1. Создателем и владельцем Канала является физическое лицо - У.А.В., которая также является автором, продюсером, сценаристом, режиссером и исполнителем главной роли развлекательного передачи <...>, представленной на Канале. Канал был создан 02.02.2013г., а регистрация в качестве индивидуального предпринимателя была осуществлена 31.08.2016г.

В своем Определении УФАС по Ленинградской области указывает на то, что выпуск авторской передачи У. А.В. «Агент-шоу» под названием «Марьяна Ро про Ивангая и наркотики/ Японский треш/ Человек из прошлого/ AgentShow 2.0» является «видеороликом», размещенным на Канале в сети «интернет», а также что в «видеоролике» в интервале с 15:20 по 15:37 и с 16:08 по 16:34 минуты демонстрируется процесс приготовления алкогольного коктейля, демонстрируя при этом зрителям бутылку алкогольного напитка «Martini Fiero» торговой марки «Martini», брендированный бокал «Martini», повернутый этикеткой с обозначением торговой марки «Martini» к зрителям, а также тоник, повернутый в кадре так, чтобы не дать однозначно идентифицировать зрителям его бренд.

Между тем, как указал Суд по интеллектуальным правам в своем Постановлении от 30.01.2017 по делу № А40-14248/2016, телепередача может являться сложным объектом (в частности, аудиовизуальным произведением), если обладает следующими характеристиками:

- 1) состоит из зафиксированной серии связанных между собой изображений;
- 2) может быть как с сопровождением, так и без сопровождения звуком;
- 3) воспринимается с помощью соответствующих технических устройств зрительно, а при наличии звукового сопровождения — и на слух;
- 4) воспринимается как сложный объект;
- 5) создана творческим трудом авторов.

Съемка передачи представляет собой долгий творческий процесс его создания, как и процесс создания, например, кинофильма. К созданию передачи привлекается значительное количество людей (сценаристы, соавторы, актеры,

режиссеры и пр.). При создании такой передачи как «Агент-шоу», которая существует на протяжении длительного времени, используются такие результаты интеллектуальной деятельности, как: сценарий, фотографические произведения, музыкальные произведения, хореографические произведения, произведения декоративно-прикладного и сценографического искусства, произведения графики и дизайна и т.д. Все это прямо указывает на то, что передача «Агент-шоу» воспринимается как сложный объект в понимании ст. 1240 ГК РФ.

На основании изложенного, можно сделать однозначный вывод, что каждый выпуск передачи «Агент-шоу» соответствует всем вышеуказанным характеристикам, и, соответственно, является одновременно и аудиовизуальным произведением и сложным объектом, т.е. относится к произведениям науки, литературы или искусства.

Согласно пункту 9 части 2 статьи 2 Закона о рекламе он не распространяется на упоминания о товаре, средствах его индивидуализации, об изготовителе или о продавце товара, которые органично интегрированы в произведения науки, литературы или искусства и сами по себе не являются сведениями рекламного характера.

Исходя из толкования указанной нормы следует, что требования Закона о рекламе не распространяются на информацию об определенных лицах или товарах, одновременно отвечающую 2 (Двум) признакам:

- во-первых, она органично интегрирована в произведение науки, литературы, искусства;

- во-вторых, она не является сама по себе сведениями рекламного характера.

Органично интегрированной в то или иное произведение науки, литературы, искусства можно признать информацию о товаре или лице, которая является составной частью общего сюжета произведения (отдельной его части) и выступает в качестве дополнительной характеристики героя или созданной ситуации. При этом такие товар или организация не представлены в виде, когда внимание концентрируется именно на них, на их достоинствах и иных характеристиках, они не подменяют главных персонажей в произведении (отдельной его части), не нарушают сюжета и не могут быть изъяты из него без ущерба для целостного восприятия произведения.

Отнесение информации самой по себе к сведениям рекламного характера должно производиться исходя из содержания такой информации, а также цели и назначения ее распространения, в соответствии с понятием рекламы, закрепленным в ст. 3 Закона о рекламе, согласно которому под рекламой понимается 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.

В передаче У. А.В. «Агент-шоу» под названием «Марьяна По про Ивангая и наркотики/ Японский треш/ Человек из прошлого/ AgentShow 2.0», размещенной на Канале в сети «интернет», в интервале с 15:20 по 15:37 и с 16:08 по 16:34 минуты, как правильно указал УФАС по Ленинградской области, демонстрируется процесс

приготовления любимого участниками съемочной группы передачи, включая У.А.В., коктейля, в состав которого входит тоник «Швепс», неоднократно демонстрируемый в кадре, алкогольный напиток «Martini Fiero» торговой марки «Martini», а также лед. Данная часть передачи является неотъемлемой частью всей передачи и, в то же время, связующим звеном при переходе сюжета от одной темы передачи к другой и показывает «бэкстейдж» актеров и членов съемочной группы в перерывах между съемками, который, в том числе, включает и процесс отдыха, употребления пищи, напитков и пр.

Употребление участниками съемочной группы и главным героем «Агент-шоу» в гримерном помещении алкогольного коктейля является составной частью общего сюжета передачи и выступает в качестве дополнительной характеристики героя или созданной им ситуации. Процесс укрытия героя от глаз других участников съемочной группы и нежелание, тем самым, делиться с ними своим любимым коктейлем, является явным комедийным намеком, органично вписывающимся во всем знакомый и привычный образ У.А.В, используемый ею на всем протяжении своего творческого пути. Такой намек является необходимой составляющей передачи и нужен для создания и сохранения у зрителя определённого отношения к главному герою, находящемуся в сложной ситуации.

Указанная в Определении УФАС по Ленинградской области торговая марка «Martini» относится к антуражу места действия указанной в хронометраже части передачи (гримерка), поскольку именно в своей гримерке актер (главный герой) может себе позволить отдохнуть, употребить пищу и/или выпить любимый напиток.

Таким образом, бренд или товар «Martini» не был представлен в передаче У.А.В. «Агент-шоу» под названием «Марьяна Ро про Ивангая и наркотики/ Японский треш/ Человек из прошлого/ AgentShow 2.0» в виде, когда внимание концентрируется именно на них, на их достоинствах и иных характеристиках, они не подменяют главных персонажей в произведении (отдельной его части), не нарушают сюжета и не могут быть изъяты из него без ущерба для целостного восприятия произведения. В частности, главный герой не произносит название бренда и не призывает к его употреблению.

2. В дополнение к вышесказанному сообщаю, что на момент рассмотрения настоящего дела в передаче У.А.В. «Агент-шоу» под названием «Марьяна Ро про Ивангая и наркотики/ Японский треш/ Человек из прошлого/ AgentShow 2.0», размещенной на Канале в сети «интернет», в интервале с 15:20 по 15:37 и с 16:08 по 16:34 минуты упоминание любых брендов, в том числе алкогольной продукции, воспринимаемых УФАС по Ленинградской области в качестве ненадлежащей рекламы, отсутствуют.

3. Кроме того, ФАС России прямо указывало, что не относятся к рекламе видеоролики, размещенные в специальных разделах специализированных сайтов, предоставляющих услуги видеохостинга (созданные для обеспечения возможности загружать и просматривать видео в браузере), например, www.youtube.com (абз. 16 пункта 1 Письма ФАС России от 13.09.2012 № АК/29977 «О последних изменениях в требованиях к рекламе алкоголя»).

Передача У.А.В. «Агент-шоу» под названием «Марьяна Ро про Ивангая и наркотики/ Японский треш/ Человек из прошлого/ AgentShow 2.0» размещена в специальном разделе специализированного сайта, предоставляющего услуги видеохостинга

(созданного для обеспечения возможности загружать и просматривать видео в браузере), а именно www.youtube.com, следовательно, не может быть отнесена к рекламе.

Заслушав позицию представителей лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, рассмотрев материалы дела № 047/05/21-7/2021, Комиссия установила следующее.

Согласно статье 3 Закона о рекламе под рекламой понимается 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.

По смыслу законодательного определения рекламой считается та информация, которая, во-первых, была распространена, во-вторых, адресована неопределенному кругу лиц, в-третьих, направляет внимание и интерес на объект рекламирования, в-четвертых, имеет цель продвинуть объект рекламы на рынок. Иными словами, реклама призвана выделить рекламируемый объект из ряда других объектов и привлечь к нему внимание, а также побуждать лиц из числа неопределенного круга, среди которых распространялась реклама, обратиться за приобретением товара.

Согласно пункту 8 части 2 статьи 21 Закона о рекламе реклама алкогольной продукции не должна размещаться в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

Алкогольная продукция - это 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 % объема готовой продукции, за исключением пищевой продукции в соответствии с перечнем, установленным Правительством Российской Федерации.

Напиток «Martini Fiero» является алкогольным напитком и одной из разновидностей вермута выпускаемого торговой маркой «Martini» крепостью 14,9%.

Реклама алкогольного напитка «Martini Fiero» торговой марки «Martini» распространялась на Интернет-сайте www.youtube.com по ссылке: <...>

Соответственно указанная реклама размещалась в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

Ссылка представителей У.А.В. на абз. 16 пункта 1 Письма ФАС России от 13.09.2012 № АК/29977 «О последних изменениях в требованиях к рекламе алкоголя» не может быть применена к данной ситуации в связи с тем, что вопреки доводам представителей У.А.В. видеоролик по ссылке: <...> не размещен в специальном разделе видеохостинга YouTube, доказательств нахождения данного ролика в специальном разделе видеохостинга YouTube Комиссии не представлено. Комиссией в свою очередь установлено, что спорный видеоролик находится на youtube-канале <...> в сети «Интернет» по ссылке: <...> («Марьяна Ро про Ивангая и

наркотики/ Японский трэш/ Человек из прошлого/ AgentShow 2.0») и является очередным выпуском передачи «AgentShow», не носит какой-либо специальный характер.

Согласно позиции ФАС России, изложенной в письме от 25.05.2011 № АК/20129 «О признании рекламы неорганично интегрированной в теле-, радиопередачу», в случае если в теле-, радиопередаче или теле-, радиопрограмме размещается информация с упоминанием (в том числе с демонстрацией) определенного наименования товара, средства его индивидуализации, в том числе товарного знака, или с упоминанием названия определенного юридического лица или индивидуального предпринимателя, коммерческого обозначения или иная подобная информация, формирующая интерес к определенному лицу или товару, то такая информация должна оцениваться на предмет ее органичного интегрирования в данную теле-, радиопередачу или теле-, радиопрограмму.

В случае если информация о товаре или лице не воспринимается как составная часть общего сюжета произведения (отдельной его части), выходит за рамки общего содержания теле-, радиопередачи или теле-, радиопрограммы, при этом такие товар или лицо представлены в виде, когда внимание концентрируется именно на них, на их достоинствах и иных характеристиках, то такая информация может признаваться неорганично интегрированной в указанное произведение.

Довод представителей У.А.В. о том, что вставка в видеоролик, размещенный на youtube-канале <...> в сети «Интернет» по ссылке: <...> («Марьяна По про Ивангая и наркотики/ Японский трэш/ Человек из прошлого/ AgentShow 2.0») с приготовлением и употреблением алкогольного коктейля с помощью алкогольного напитка «Martini Fiero» не является рекламой, поскольку является органично интегрированной в соответствии с пунктом 9 части 2 статьи 2 Закона о рекламе, на том основании, что приготовление и употребление алкогольного коктейля с помощью алкогольного напитка «Martini Fiero» торговой марки Martini с помощью брендированного бокала «Martini» повернутого этикеткой с обозначением торговой марки «Martini» к зрителям является составной частью общего сюжета передачи и выступает в качестве дополнительной характеристики героя или созданной им ситуации, является несостоятельным в связи с тем, что при попытке заменить в данном видеоролике конкретный алкогольный напиток на любой другой не алкогольный напиток, либо алкогольный напиток иного бренда, данный видеоролик не утрачивает смысл, так как темой выпуска передачи «AgentShow 2.0» является взаимодействие У. А.В. с приглашенными гостями, а сокрытие бренда «Martini», как это успешно делает У.А.В. в случае с одним из компонентов своего коктейля – тоником, не нарушает авторскую задумку процесса укрытия героя от глаз других участников съемочной группы и нежелание, тем самым, делиться с ними своим коктейлем.

Употребление У.А.В. алкогольного напитка «Martini Fiero» торговой марки Martini с помощью брендированного бокала «Martini» может быть изъято из видеоролика без ущерба для целостного восприятия произведения, а равно не является обязательной для раскрытия зрителю основной темы авторского произведения.

Более того, в каждом сюжете, в котором У.А.В. употребляет алкогольный напиток «Martini Fiero», используется брендированный бокал «Martini» повернутый этикеткой с обозначением торговой марки «Martini» к зрителям, как и сама бутылка алкогольного напитка «Martini Fiero» демонстрируется зрителям крупным планом.

При этом, если бы У.А.В. действительно хотела поделиться со зрителями процессом приготовления и употребления своего любимого коктейля, не в целях рекламы бренда «Martini» и алкогольного напитка «Martini Fiero» в частности, то не скрывала от зрителей бренд тоника, который использует при приготовлении алкогольного коктейля, однако в каждом случае демонстрации приготовления такого коктейля У.А.В. поворачивает бутылку тоника таким образом, чтобы не дать зрителям однозначно идентифицировать его бренд.

Такое поведение У.А.В. зафиксировано в следующих видеороликах:

- <...> («Газманов о мерзких привычках, политике и первой любви/ Сальтуха в 67/AGENTSHOW 2.0»), в рамках дела о нарушении законодательства о рекламе № 047/05/21-12/2020;
- <...> ,
- <...> ,
- <...> в рамках дела о нарушении законодательства о рекламе № 047/05/21-6/2021.

Основное предназначение товарного знака - обеспечение потенциальному потребителю возможности отличить услуги (товары), предоставляемые или оказываемые одним лицом, среди аналогичных услуг (товаров), предоставляемых или оказываемых другими лицами. Таким образом, У.А.В. намеренно выделяет алкогольный напиток «Martini Fiero», при этом скрывает бренд тоника.

Комиссия отмечает, что в данном рассматриваемом случае У.А.В. осуществляется попытка применить так называемый «продакт плейсмент» (реклама, включенная в видеосюжет), которая может одновременно являться скрытой рекламой, которая представляет собой размещение информации о продукте, непосредственная реклама которого запрещена или ограничена. Целью интегрирования информации о таком продукте в радио-, теле-, видео-, аудио- и кинопродукции или в другую продукцию будет являться обход установленных законодателем ограничений или запретов в отношении «прямой» рекламы.

С учетом изложенного реклама алкогольного напитка «Martini Fiero» торговой марки «Martini» распространявшиеся на youtube-канале <...> в сети «Интернет» по ссылке: <...> («Марьяна Ро про Ивангая и наркотики/ Японский трэш/ Человек из прошлого/ AgentShow 2.0») нарушает требования пункта 8 части 2 статьи 21 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных ч. 2 ст. 21 Федерального закона «О рекламе».

Youtube-канал <...> по ссылке в сети «Интернет»: <...> содержит видеоматериалы разделенные на несколько плейлистов: 1. «З.Б.С. ШОУ»; 2. «ВЛОГИ»; 3. «AGENTSHOW».

ИП У.А.В. зарегистрирован товарный знак <...> под записью № <...>, <...> под записью № <...> и «<...>» под записью № <...>.

На youtube-канале <...> во вкладке «О КАНАЛЕ» по ссылке в сети «Интернет»: <...> в разделе «Ссылки» размещены ссылки на социальные сети:

- «INSTAGRAM» (<...> в описании к указанной странице следующий текст: «<...> <...>» Василий Мой TikTok <...>», Указанная ссылка ведет на аккаунт

в социальной сети «ТikTok» со следующим описанием: «<...>».

- «INSTAGRAM LIFE» (<...>) в описании к указанной странице следующий текст: «<...> Одни скажут-неудачник. Другие скажут-гении. Вы такие. Мы-другие. Вот и все, идите <...>. 📌<...>».
- «VK» (<https://vk.com/ivlei>) в описании к указанной странице следующий текст: «<...> День рождения: 8 марта Город: Москва Деятельность: «Орел и Решка. Перезагрузка» / «Орел и Решка. Ивлеева VS Бедняков» / «AGENTSHOW»/ «AGENTSHOW 2.0» / «Туристическая полиция» О себе: Почта: <...> Дополнительная информация обо мне: INSTAGRAM: <...>

YOUTUBE: <...>.

Указанные ссылки являются перекрестными и ведут на аккаунты в социальных сетях, которые принадлежат У.А.В.

В соответствии с пунктом 22 Постановления Пленума ВАС РФ от 27.01.2003 № 2 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» если административное правонарушение не связано с предпринимательской деятельностью, индивидуальный предприниматель несет ответственность как гражданин.

Как установлено ранее, демонстрация У. А.В. приготовления и употребления алкогольного коктейля с помощью алкогольного напитка «Martini Fiero» является рекламой, очевидно распространенной У.А.В. в коммерческих целях на возмездной основе, при этом ролик вышел под зарегистрированным ИП У.А.В. товарным знаком <...>, таким образом, данные действия У.А.В. осуществлены как индивидуальным предпринимателем.

Таким образом, рекламораспространителем рекламы алкогольного напитка «Martini Fiero» торговой марки «Martini» является владелец youtube-канала <...> ИП У.А.В. (<...>).

На момент оглашение резолютивной части настоящего решения реклама алкогольного напитка «Martini Fiero» торговой марки «Martini» по ссылке: <...> не распространялась более.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 - 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу алкогольного напитка «Martini Fiero» торговой марки «Martini», распространяющуюся в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» на сайте www.youtube.com по ссылке: <...> («Марьяна Ро про Ивангая и наркотики/ Японский трэш/ Человек из прошлого/ AgentShow 2.0») поскольку в ней нарушены требования пункта 8 части 2 статьи 21 Федерального закона «О рекламе».
2. Предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе не выдавать в связи с устранением установленного нарушения до принятия

настоящего решения.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Ленинградского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 07 июня 2021 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии:

<...>

<...>

Члены Комиссии:

<...>