

РЕШЕНИЕ

Резолютивная часть решения оглашена «05» сентября 2023 г. г. Краснодар

В полном объеме решение изготовлено «05» сентября 2023 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Краснодарскому краю по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Заместитель председателя комиссии – _____ – начальник отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции,

_____ – специалист-эксперт отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции,

_____ – специалист-эксперт отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции,

рассмотрев дело № 023/05/5-6426/2022, возбужденное по факту распространения (посредством листовок) по адресу: г. Краснодар, ул. Автолюбителей, 52/4, рекламы следующего содержания: «Мы дарим вам бонус. Филадельфия лайт в подарок по промокоду 6699. Ёбидоёби Sushi &Rolls/ набор Куни Ли 1499 р. 1,9 роллов. Набор Ваху Яки 1099 р. 1,1 кг роллов. Скидки и акции не суммируются. Данный купон вы можете обменять на ролл Филадельфия лайт при заказе через наш call-центр по телефону _____, на сайте или через приложение. Акция действует до её отмены. Подарок действует при минимальной сумме заказа. Организатор ИП В переводе с японского: «День недели- суббота!», с признаками нарушения ч.6 ст. 5 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе»),

в отсутствие надлежащим образом уведомленного о дате, времени и месте рассмотрения дела № 023/05/5-6426/2022 лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе – ИП

УСТАНОВИЛ:

Из заявления следует, что ИП по адресу: г. Краснодар, ул. Автолюбителей, 52/4, распространяет (посредством листовок) информацию содержания: «Мы дарим вам бонус. Филадельфия лайт в подарок по промокоду 6699. Ёбидоёби Sushi &Rolls/ набор Куни Ли 1499 р. 1,9 роллов. Набор Ваху Яки 1099 р. 1,1 кг роллов. Скидки и акции не суммируются. Данный купон вы можете обменять на ролл Филадельфия лайт при заказе через наш call-центр по телефону _____, на сайте или через приложение. акция действует до её отмены. Подарок действует при минимальной сумме заказа. Организатор ИП В переводе с японского: «День недели-суббота!».

Изучив представленные документы и материалы, Краснодарское УФАС России приходит к следующим выводам.

В соответствии с п. 1 ст. 3 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе») реклама - 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 п.2 ст.3 Федерального закона «О рекламе» объект рекламирования - 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.

Информация содержания: «Мы дарим вам бонус. Филадельфия лайт в подарок по промокоду 6699. Ёбидоёби Sushi & Rolls/ набор Куни Ли 1499 р. 1,9 роллов. Набор Ваху Яки 1099 р. 1,1 кг роллов. Скидки и акции не суммируются. Данный купон вы можете обменять на ролл Филадельфия лайт при заказе через наш call-центр по телефону _____, на сайте или через приложение. акция действует до её отмены. Подарок действует при минимальной сумме заказа. Организатор ИП В переводе с японского: «День недели-суббота!», характеризуется совокупностью признаков, установленных п. 1 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» и является рекламой.

Объектом рекламирования в рассматриваемом случае выступают само блюдо, а также сеть суши-баров. Данная информация является рекламой: распространена путём распространения листовок; адресована неопределённому кругу лиц; направлена на привлечение внимания к рекламируемому товару – блюду (роллы), а также сети суши-баров.

Согласно ч.6 ст.5 Федерального закона «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.

Ассоциация обозначений «Ёбидоёби» и «Ваху Яки» с матерными словами очевидна, так же как очевидна ассоциация обозначения «Куни Ли» с действием сексуального характера, которое не принято описывать публично в неспецифической ситуации, то есть в ситуации, не предполагающей рассмотрения вопросов сексуальной жизни.

Кроме того имеется судебная практика (А12-35564/2021) в соответствии с которой судами установлено следующее.

Суды учитывали положения пункта 4 статьи 3, статьи 5 Закона о рекламе, части 6 статьи 1 Федерального закона от 01.06.2005 № 53-ФЗ «О государственном языке Российской Федерации» (далее – Федеральный закон № 53-ФЗ), пункта 28 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», разъяснения Федеральной антимонопольной службы (далее - ФАС России), содержащиеся в письме от 29.04.2013 № АД/17355/13 «О порядке применения части 6 статьи 5 Закона о рекламе», и признали, что значительной частью потребителей вышеупомянутое название сети суши баров может быть воспринято как образованное от нецензурного слова, его использование в рекламе нарушает требования части 6 статьи 5 Закона о рекламе, вышеупомянутое название товара – блюда воспринимается с учётом общего провокационного контекста, противоречит правилам приличия в современном обществе, является непристойным и вызывает чувство неловкости и стыда. Применительно к спорным правоотношениям использование в рассматриваемой публичной наружной рекламе в несколько завуалированной форме слов, обозначающих определённые действия сексуального характера недопустимо ввиду нарушения общепринятых правил приличия. В соответствии с письмом ФАС России от 29.04.2013 № АД/17355/13 «О порядке применения части 6 статьи 5 ФЗ «О рекламе» 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.

К бранным словам относятся нецензурные слова, а также к таким словам, по мнению специалистов ФАС России, могут быть отнесены слова и выражения, которые используются в качестве ругательств или оскорбления.

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.

К оскорбительным образам, сравнениям и выражениям - слова и изображения, которые, в том числе, ущемляют человеческое достоинство, принижают значимость отдельных лиц, исторических событий, памятных дат.

Решением Советского районного суда г. Красноярск от 10.01.2019 по делу № 2-218/2019 (т.1 л.д.100-101), оставленным без изменения апелляционным определением Красноярского краевого суда от 03.04.2019 по

делу № 33-4892/219 (т.1 л.д.98-99), отказано в удовлетворении искового заявления о возложении на неё обязанности изменить коммерческое наименование «Ёбидоёби».

Указанное решение суда общей юрисдикции основано на результатах судебной лингвистической экспертизы, по результатам проведения которой экспертом сделан вывод о том, что коммерческое наименование (прагматоним) «Ёбидоёби» не имеет близкого сходства с бранной ненормативной лексикой русского языка, не соответствует русскому сквернословью.

Судебная коллегия отмечает, что в рамках указанного дела давалась оценка не восприятию слова «Ёбидоёби» обычными потребителями, а тому, воспроизводит ли данное слово непосредственно русский мат или имеет ли с ним близкое сходство.

Вопросы использования слов, производных от мата и имплицитного использования мата, на исследование эксперта не ставились и судом общей юрисдикции также не рассматривались. Слову «Куни/и», означающему, по словам заявителя, в переводе с японского языка «государство», оценка также не давалась. Кроме того, в вышеупомянутой экспертизе оценивалось содержание вывески сушибара, в которой непосредственно был приведён перевод слова.

В рассматриваемой же ситуации в спорной наружной рекламе перевод слов «Ёбидоёби» и «Куни/и» отсутствует.

Таким образом, решение Советского районного суда г. Красноярск от 10.01.2019 по делу № 2-218/2019 не имеет преюдициального значения для рассмотрения настоящего дела. Кроме того, в деле, рассмотренном судом общей юрисдикции, принимали участие иные лица.

Учитывая изложенное, доводы общества о том, что при наличии указанного решения Советского районного суда города Красноярск Управление должно было прекратить производство по делу о нарушении законодательства о рекламе, отклонены судом апелляционной инстанции как несостоятельные.

Судебная коллегия считает верным вывод Волгоградского УФАС России о том, что полностью слово «Ёбидоёби» действительно не соответствует русскому сквернословью и не воспроизводит целиком мат, а является сложным образованным от матерного слова, в котором дважды повторяется один из четырёх самых распространённых матерных корней (еб/ёб).

Русский мат - бранные слова и выражения, употребление которых не допускается общественной моралью, предназначенные преимущественно для оскорбления адресата или отрицательных оценок людей и явлений.

Матерными считаются высказывания, состав которых входят слова, образованные от матерных корней (список таких корней определяется по опросам носителей языка и традиционно содержит от четырёх до семи общеизвестных корней). Слова, образованные от данных четырёх слов, начинающихся на «х», «п», «е», «б», также считаются нецензурными.

Для правильной оценки слов и выражений необходимо учитывать факторы их непосредственного восприятия именно средним российским потребителем. Оценка рекламы всегда осуществляется с позиции обычного потребителя, не обладающего специальными знаниями (пункт 28 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»).

Судебная коллегия отмечает, что потребителями спорной рекламы являются обычные люди, проходящие либо проезжающие мимо данной размещённой наружно рекламы, в том числе и дети.

Доказательства того, что заявленное обозначение воспринимается российскими потребителями именно как транслитерация предложения «День недели - суббота» на японском языке, заявителем в материалы дела не предоставлены.

Кроме того, для такого восприятия российскому потребителю необходимы знания японского языка, который не является распространённым языком на территории Российской Федерации. Очевидно, что большинство потребителей данной рекламы не обладают специальными познаниями в области филологии, лингвистики, в том числе и японского языка, и поэтому могут воспринимать спорное обозначение как образованное от общеизвестного слова и относящегося к нецензурным словам. У судебной коллегии отсутствуют основания для вывода о том, что средний российский потребитель будет воспринимать заявленное обозначение именно как транслитерацию предложения «День недели - суббота» на японском языке, а не как слово, относящееся к бранной лексике.

Таким образом, поскольку значительной частью потребителей слово «Ёбидоёби» может быть воспринято как образованное от нецензурного слова, его использование в рекламе нарушает требования части 6 статьи 5 Закона о рекламе.

Относительно использования в рекламе слова «Куни/Ли» экспертный совет комиссии антимонопольного органа пришёл к выводу о том, что значительная часть потребителей может воспринимать данное слово с учётом общего провокационного контекста, а также использованного в данной рекламе слова «Ёбидоёби», как производное от слова «куннилингус».

Исходя из общих правил поведения и норм нравственности, публичное распространение слов, производных от известных терминов, обозначающих интимное половое поведение, противоречит правилам приличия в современном обществе, является непристойным и вызывает чувство неловкости и стыда.

Применительно к спорным правоотношениям использование в рассматриваемой публичной наружной рекламе в несколько завуалированной форме слова, обозначающего определённые действия сексуального характера и вызывающего у потребителя в мыслях соответствующий образ сексуального поведения, недопустимо ввиду нарушения общепринятых правил приличия.

Апелляционная коллегия считает правомерным вывод Управления о том, что, поскольку слово «Куни/Ли» может быть значительной частью потребителей воспринято как образованное от непристойного слова, обозначающего определённые действия сексуального характера, его использование в рекламе нарушает требования части 6 статьи 5 Закона о рекламе.

В связи с чем, Краснодарским УФАС России при распространении по адресу:, рекламы содержания: «Мы дарим вам бонус. Филадельфия лайт в подарок по промокоду 6699. Ёбидоёби Sushi &Rolls/ набор Куни Ли 1499 р. 1,9 роллов. Набор Ваху Яки 1099 р. 1,1 кг роллов. Скидки и акции не суммируются. Данный купон вы можете обменять на ролл Филадельфия лайт при заказе через наш call-центр по телефону _____, на сайте или через приложение.акция действует до её отмены. Подарок действует при минимальной сумме заказа. Организатор ИП В переводе с японского: «День недели-суббота!» усматриваются признаки нарушения ч.6 ст.5 Федерального закона «О рекламе».

Из заявления следует, что распространителем (посредством листовок) вышеуказанной рекламы по адресу: является ИП

В связи с чем, Краснодарским УФАС России в отношении ИП было возбуждено дело №023/05/5-6426/2022.

В соответствии с частью 6 статьи 5 Закона "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.

Согласно п. 4 ст. 3 Федерального закона "О рекламе", ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно ч. 6 ст. 38 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель несёт ответственность за нарушение требований, установленных ч. 6 ст. 5 настоящего Федерального закона.

Согласно пункту 5 ст. 3 Федерального закона «О рекламе», рекламодатель – изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

В Краснодарское УФАС России поступили письменные объяснения и документы ИП (вх. №_____г.) из которых следует, что Согласно условиям Договора ИП обязан осуществлять рекламную и маркетинговую политику в полном соответствии с требованиями Вторичного Правообладателя на основе исходных материалов Вторичного Правообладателя. Если макеты рекламных материалов Вторичного Пользователя (рекламные ролики, буклеты, листовки и прочее) отличаются от макетов рекламных материалов, переданных Вторичным Правообладателем, то такие макеты рекламных материалов должны быть согласованы с Вторичным Правообладателем на предмет правильности использования объектов фирменного стиля Вторичного Правообладателя, а также корректности указанных на них ссылок на номер телефона, адресов сайтов в сети Интернет, а также групп в социальных сетях. Вторичный Пользователь ознакомлен с особенностями действующего законодательства о рекламе и понимает степень своей ответственности и самостоятельно несет риски, связанные с использованием и распространением рекламных материалов.

В соответствии с пунктами Договора 7.2, 7.3, 7.4 Вторичный Пользователь обязуется согласовывать с Вторичным Правообладателем все макеты и шаблоны любых рекламных и маркетинговых материалов, а также вывесок, указателей, любых элементов внутреннего или внешнего оформления предприятия, за исключением случаев, когда такие материалы были предоставлены непосредственно Вторичным Правообладателем.

Вторичный Пользователь вправе самостоятельно разработать новые образцы и макеты рекламных материалов и использование их, с письменного согласия Вторичного Правообладателя, для изготовления рекламных материалов. Все рекламные материалы, изготовленные на основе образцов и макетов, разработанных Вторичным Пользователем в соответствии с настоящим пунктом Договора, должны быть предварительно одобрены Вторичным Правообладателем в срок не позднее чем за 5 (пять) дней до возможного использования указанных рекламных материалов. Вторичный Правообладатель вправе использовать в собственной рекламной деятельности образцы рекламной продукции, разработанные Вторичным Пользователем.

С целью рекламирования собственного Предприятия Вторичный Пользователь вправе самостоятельно разрабатывать и проводить региональные рекламные мероприятия, которые должны быть согласованы с Вторичным Правообладателем в срок не позднее, чем за 5 (пять) рабочих дней до возможного их проведения.

Комиссией Краснодарского УФАС России установлено, что в Арбитражном суде Волгоградской области рассмотрено дело № А12-35564/2021 в рамках которого ООО «Ебидоеби» была подана кассационная жалоба в Верховный Суд Российской Федерации на постановление Арбитражного суда по Волжскому округу.

На основании вышеизложенного Комиссия Краснодарского УФАС России приостановила производство (исх. № _____ г.) по делу № 023/05/5-6426/2022 до принятия и вступления в законную силу окончательного судебного акта по делу А12-35564/2021.

Решением Арбитражного суда Волгоградской области от 21.03.2022 по делу № А12-35564/2021, оставленным без изменения постановлением Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 08.07.2022, в удовлетворении заявленных требований отказано.

В кассационной жалобе общество с ограниченной ответственностью «Ебидоеби» просит отменить принятые по делу судебные акты, ссылаясь на нарушение судами норм материального и процессуального права, несоответствие выводов судов обстоятельствам дела и имеющимся в деле доказательствам.

30.11.2022 г. Арбитражный суд Поволжского округа решение Арбитражного суда Волгоградской области от 21.03.2022 и постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 08.07.2022 по делу № А12-35564/2021 оставил без изменения, кассационную жалобу – без удовлетворения.

Общество не согласилось с вышеуказанным судебным актом и обратилось в Верховный суд Российской Федерации.

13.03.2023 г. Верховный суд Российской Федерации отказал ООО «Ебидоеби» в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации.

Согласно ч. 1 ст. 16 АПК РФ вступившие в законную силу судебные акты арбитражного суда являются обязательными для органов государственной власти, органов местного самоуправления, иных органов, организаций, должностных лиц и граждан и подлежат исполнению на всей территории Российской Федерации.

В связи с чем, Комиссия Краснодарского УФАС России возобновила производство по делу (исх. № _____ г.) № 023/05/5-6426/2022.

На основании изложенного, рекламодателем является ИП (ИНН:) по факту распространения (посредством листовок) по адресу: г. Краснодар, ул. Автолюбителей, 52/4, рекламы следующего содержания: *«Мы дарим вам бонус. Филадельфия лайт в подарок по промокоду 6699. Ёбидоеби Sushi & Rolls/ набор Куни Ли 1499 р. 1,9 роллов. Набор Ваху Яки 1099 р. 1,1 кг роллов. Скидки и акции не суммируются. Данный купон вы можете обменять на ролл Филадельфия лайт при заказе через наш call-центр по телефону _____, на сайте или через приложение. Акция действует до её отмены. Подарок действует при минимальной сумме заказа. Организатор ИП В переводе с японского: «День недели- суббота!»», с нарушением ч.6 ст. 5 Федерального закона от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе»),*

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 20, 24-26 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбуждённых по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утверждённых постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 г. № 1922, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу содержания:

- «Мы дарим вам бонус. Филадельфия лайт в подарок по промокоду 6699. Ёбидоёби Sushi & Rolls/ набор Куни Ли 1499 р. 1,9 роллов. Набор Ваху Яки 1099 р. 1,1 кг роллов. Скидки и акции не суммируются. Данный купон вы можете обменять на ролл Филадельфия лайт при заказе через наш call-центр по телефону _____, на сайте или через приложение. Акция действует до её отмены. Подарок действует при минимальной сумме заказа. Организатор ИП В переводе с японского: «День недели- суббота!», в нарушении ч. 6 ст. 5 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе».

2. ИП (ИНН:) выдать предписание, в связи с нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Краснодарского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 5 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Заместитель Председателя Комиссии _____

Члены Комиссии _____

....