

**Управление Федеральной антимонопольной службы
по Республике Коми**

Определение

**О ВОЗБУЖДЕНИИ ДЕЛА № 011/05/7-246/2021 ПО ПРИЗНАКАМ НАРУШЕНИЯ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О РЕКЛАМЕ**

14 апреля 2021 года

№ 03-01/2601

г. Сыктывкар

ИП <...>

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми (далее – Коми УФАС России) по рассмотрению дел, возбуждённых по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, <...>, рассмотрев материалы о распространении рекламы с признаками нарушения требований п. 8 ст. 7, ч. 6 ст. 5 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

УСТАНОВИЛА:

В Коми УФАС России поступило поручение ФАС России № АК/24630/21 от 31.03.2021 (вх. № 1555-э от 31.03.2021), направленное в дополнение к поручению № ДФ/7847/21 от 04.02.2021 (вх. № 518-э от 05.02.2021), в соответствии с которым территориальным органам ФАС России необходимо провести работу по выявлению рекламы табака, табачной продукции, табачных изделий, никотинсодержащей продукции, курительных принадлежностей, в том числе трубок, сигаретной бумаги, зажигалок, а

также устройств для потребления никотинсодержащей продукции, кальянов, запрещённой в силу п. 8 ст. 7 Закона о рекламе.

В ходе исполнения вышеуказанных поручений ФАС России должностными лицами Коми УФАС России выявлено распространение информации следующего содержания: «VAPE SHOP ЭЛЕКТРОННЫЕ СИГАРЕТЫ электронка11.рф», «VAPE SHOP • ароматизаторы • жидкости • основы электронка11.рф <...>» с изображением двух электронных сигарет и девушки, лежащей на них, размещённой около входа (лестницы), ведущей на цокольный этаж торгового центра «Дом быта», расположенного по адресу: Республика Коми, г. Сыктывкар, ул. Первомайская, д. 72.

В соответствии с положениями, установленными п. 1 ст. 3 Закона о рекламе, реклама – информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии с пунктами 2 и 5 части 2 статьи 2 Закона о рекламе данный закон не распространяется на информацию, раскрытие или распространение либо доведение до потребителя которой является обязательным в соответствии с федеральным законом, а также на вывески и указатели, не содержащие сведений рекламного характера.

Согласно пункту 18 Информационного письма Президиума Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.12.1998 № 37 «Обзор Практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» сведения, распространение которых по форме и содержанию является для юридического лица обязательным на основании закона или обычая делового оборота, не относятся к рекламной информации независимо от манеры их исполнения на соответствующей вывеске.

В соответствии с пунктом 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 58 от 08.10.2012 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» информация, обязательная к размещению в силу закона или размещённая в силу обычая делового оборота, не является рекламой. При этом не является рекламой размещение наименования (коммерческого обозначения) организации в месте ее нахождения, а также иной информации для потребителей непосредственно в месте реализации товара, оказания услуг (например, информации о режиме работы, реализуемом товаре), поскольку размещение такой информации в указанном месте не преследует целей, связанных с рекламой.

ФАС России в письме от 27.12.2017 № АК/92163/17 «О разграничении понятий вывеска и реклама» указала, что не является рекламой размещение

наименования (коммерческого обозначения) организации в месте ее нахождения, а также иной информации для потребителей непосредственно в месте реализации товара, оказания услуг (например, информации о режиме работы, реализуемом товаре), поскольку размещение такой информации в указанном месте не преследует целей, связанных с рекламой. Конструкция признается размещенной в месте нахождения организации в случае размещения на фасаде здания непосредственно рядом со входом в здание, в котором находится организация, либо в границах окон помещения, в котором осуществляет свою деятельность соответствующая организация, а также непосредственно над оконными проемами или под оконными проемами такого помещения, либо в пределах участка фасада здания, являющегося внешней стеной конкретного помещения в здании, в котором осуществляет свою деятельность соответствующая организация.

Вместе с тем, по мнению специалистов ФАС России, конструкции, содержащие информацию о характеристиках реализуемых товаров, о проводимых организацией акциях и/или скидках, либо различные лозунги, слоганы, либо иную информацию об определенном лице или товаре, не обязательную к размещению, могут быть расценены как вывески, содержащие сведения рекламного характера, и на такие конструкции распространяются требования Закона о рекламе, в том числе в случае их размещения в месте нахождения организации. Указанная позиция подтверждается, в том числе решениями судов по делам № А28-12028/2016, № А43-17212/2015, № А51-3119/2010, № А51-7177/2009.

Рассматриваемая информация размещена около входа (лестницы), ведущей на цокольный этаж торгового центра «Дом быта», расположенного по адресу: Республика Коми, г. Сыктывкар, ул. Первомайская, д. 72. Вместе с тем, магазин, в котором осуществляется продажа указанных товаров, размещён непосредственно на цокольном этаже, в существенном отдалении от рассматриваемой информации, за дверью, ведущей на цокольный этаж.

Кроме того, рассматриваемая информация содержит выражения и изображения, которые не являются обязательными в силу Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей», а именно: изображение электронных сигарет, девушки, лежащей на них, указание адреса сайта и номеров телефонов, соответственно, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Информацией, обязательной к размещению в силу закона или размещённой в силу обычая делового оборота с учётом буквального толкования положений ст. 495 Гражданского кодекса Российской Федерации и Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей», является необходимая и достоверная информация о товаре, предлагаемом к продаже, указание фирменного наименования (наименования) организации, места её нахождения и режима работы.

В рассматриваемой рекламе отсутствует информация о режиме работы, а также сведения о месте нахождения организации.

Согласно пункту 15 Информационного письма Президиума Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.12.1998 № 37 «Обзор Практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» вопрос о наличии в информации признаков рекламы решается с учетом конкретных обстоятельств дела. Для поддержания интереса к товару не обязателен показ самого товара, а достаточно изображения различительных элементов (в том числе товарного знака), которые использовались при рекламе этого товара.

В силу Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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.

При решении вопроса о размещении на здании обязательной для потребителей в силу закона или обычая делового оборота информации (вывеска) или рекламы, следует принимать во внимание целевое назначение и обстоятельства размещения такой информации на здании.

Если целевым назначением сведений о наименовании организации и виде её деятельности не является информирование о месте входа в организацию или месте нахождения организации (в том числе с учётом помещения, занимаемого организацией в здании), то такие сведения могут быть квалифицированы как реклама. Обстоятельства размещения таких сведений подлежат дополнительной оценке.

Рассматриваемая реклама, размещённая около входа (лестницы), ведущей на цокольный этаж торгового центра «Дом быта», расположенного по адресу: Республика Коми, г. Сыктывкар, ул. Первомайская, д. 72, не является вывеской. Информация о реализуемом товаре распространена около входа (лестницы), ведущей на цокольный этаж торгового центра и направлена на привлечение внимания неопределённого круга лиц.

В рекламе присутствуют изображения электронных сигарет, имеющие яркое оформление и оказывающие побудительное воздействие на потребителя, в том числе создают интерес к электронным сигаретам, ароматизаторам, жидкостям, основам. Продавец акцентирует внимание потребителя на изображённых электронных сигаретах.

Таким образом, совокупность указанной в рекламе информации привлекает

интерес к деятельности магазина и реализуемому в нём товару (электронным сигаретам) и по своему содержанию и формату размещения направлена на привлечение внимания и поддержание интереса как к продавцу, так и к ассортименту реализуемой им продукции, с целью продвижения товаров.

В целях определения отнесения/неотнесения рассматриваемой информации к рекламе табака, табачной продукции, табачных изделий, никотинсодержащей продукции, курительных принадлежностей, в том числе трубок, сигаретной бумаги, зажигалок, а также устройств для потребления никотинсодержащей продукции, Коми УФАС России направило в адрес Саморегулируемой организации Ассоциации маркетинговой индустрии «Рекламный совет» (далее – СРО АМИ РС) фотографию рассматриваемой рекламы с просьбой рассмотреть её на предмет восприятия с точки зрения потребителя и выразить мнение по указанной рекламе по следующим вопросам:

- Содержит ли рассматриваемый материал рекламу табака, табачной продукции, табачных изделий, никотинсодержащей продукции, курительных принадлежностей, в том числе трубок, сигаретной бумаги, зажигалок, а также устройств для потребления никотинсодержащей продукции (с обоснованием позиции)?

- В случае если рассматриваемый материал содержит рекламу табака, табачной продукции, табачных изделий, никотинсодержащей продукции, курительных принадлежностей, в том числе трубок, сигаретной бумаги, зажигалок, а также устройств для потребления никотинсодержащей продукции, укажите, что выступает объектом рекламирования.

СРО АМИ РС по результатам рассмотрения запроса Коми УФАС России представила решение, в котором указала, что эксперты большинством голосов пришли к выводу, что рассматриваемый материал содержит рекламу табака, никотинсодержащей продукции, а также устройств для потребления никотинсодержащей продукции (вместе с тем, 15,4% экспертов выразилось за то, что рассматриваемый материал не содержит рекламу табака, никотинсодержащей продукции, а также устройств для потребления никотинсодержащей продукции);

Эксперты мотивировали свою позицию следующим образом.

Нарушен запрет на рекламу курительных принадлежностей, имеет место реклама электронных сигарет. Несмотря на то, что текстовая часть плаката указывает на рекламу магазина, изображение электронной сигареты в сочетании с верхним рекламным баннером считывается как реклама электронных сигарет, несмотря на то, что не указаны конкретные марки и производители. Рассматриваемый материал отвечает понятию рекламы, объектом рекламирования является магазин VAPE SHOP, т.е. продавец электронных сигарет и иных принадлежностей для курения, о чем сообщает

рассматриваемая реклама. Электронная сигарета является устройством для потребления никотинсодержащей продукции.

Как отмечают эксперты, до 28 января 2021 года действовал запрет на рекламу: табака; табачной продукции; табачных изделий; курительных принадлежностей, в том числе трубок, кальянов, сигаретной бумаги и зажигалок. С 28 января 2021 года к ним добавился запрет на рекламу никотинсодержащей продукции. К ней относятся наполнители для электронных систем доставки никотина или нагревания табака, например, стики, жидкости, картриджи; устройств для потребления никотинсодержащей продукции (модификации устройств, используемых в качестве электронных сигарет для доставки никотина или нагревания табака). Также внесены изменения в общие требования к рекламе, согласно которым теперь в рекламе не допускается демонстрация процессов не только курения табака, но и потребления никотинсодержащей продукции. Эксперты ссылаются на письмо ФАС России № АК/1262/21 от 14.01.2021, согласно которому рекламировать стики, айкос, гло и другие электронные устройства для курения запрещено. При этом важно определить, является ли рассматриваемая информация вывеской с информацией о продаже товара или рекламой никотинсодержащих изделий. Как указывают эксперты, за исключением девушки, которая может рассматриваться как образ для привлечения внимания к никотинсодержащей продукции, все остальное – просто информация о месте продажи.

Учитывая изложенное, вышеуказанная информация содержит все правовые признаки рекламы:

- распространена посредством размещения около входа (лестницы), ведущей на цокольный этаж торгового центра;
- адресована неопределенному кругу лиц;
- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования: магазину «VAPE SHOP», реализуемым в нём товарам, в том числе электронным сигаретам, формирование или поддержание интереса к ним, и их продвижение на рынке.

Таким образом, указанная информация является рекламой (далее – рассматриваемая реклама).

В силу п. 8 ст. 7 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.

Согласно вышеприведённому экспертному заключению, СРО АМИ РС выявлено использование непристойного образа в отношении женского пола,

эксперты указали на то, что в спорной рекламе нарушены требования ч. 6 ст. 5 Закона о рекламе в части запрета на использование оскорбительных образов. При использовании женского образа происходит эксплуатация сексуального интереса, что проявляется в одежде и позе женщины. При этом прямого отношения к объекту рекламирования указанный образ не имеет. Женщина представлена исключительно как объект сексуального влечения, а потребитель информации – как существо, реагирующее исключительно на сексуальные стимулы, что является оскорбительным как для женщин, так и для субъектов сексуального желания.

Согласно ч. 6 ст. 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.

При таких обстоятельствах рассматриваемая реклама размещена с признаками нарушения требований п. 8 ст. 7, ч. 6 ст. 5 Закона о рекламе.

В соответствии с ч. 6 ст. 38 Закона о рекламе ответственность за распространение рекламы, не соответствующей требованиям п. 8 ст. 7, ч. 6 ст. 5 Закона о рекламе, несёт рекламодатель.

В соответствии с ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе ответственность за распространение рекламы, не соответствующей требованиям п. 8 ст. 7 Закона о рекламе, несёт рекламораспространитель.

Частью 8 ст. 38 Закона о рекламе предусмотрено, что рекламопроизводитель несет ответственность за нарушение требований, указанных в частях 6 и 7 настоящей статьи, в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине.

В соответствии с п. 5 ст. 3 Закона о рекламе рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

В силу п. 7 ст. 3 Закона о рекламе рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно п. 6 ст. 3 Закона о рекламе рекламопроизводитель – лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму.

Из имеющихся материалов усматривается, что рекламодателем и

рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является индивидуальный предприниматель <...> (далее – ИП <...>), ИНН <...>, ОГРНИП <...>.

На основании п. 2 ч. 1 ст. 33, частей 1, 2 ст. 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 20 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утв. постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922,

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Возбудить производство по делу № 011/05/7-246/2021 по признакам нарушения п. 8 ст. 7, ч. 6 ст. 5 Закона о рекламе.

2. Признать лицом, участвующим в деле:

2.1. лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, - ИП <...>, ИНН <...>, ОГРНИП <...>.

3. Назначить дело № 011/05/7-246/2021 к рассмотрению **на 13.05.2021 на 14 часов 10 минут** по адресу: г. Сыктывкар, ул. Интернациональная, д. 160, корпус А.

4. **ИП <...> в срок до 11.05.2021** представить следующие копии документов и письменную информацию:

4.1. Паспортные данные (копию с 2-ой по 7-ую страницы паспорта) <...> с указанием даты и места рождения, адреса регистрации по месту жительства.

4.2. О рекламодателе, рекламопроизводителе и рекламораспространителе рассматриваемой рекламы, с указанием по каждому такому лицу: полного наименования, адреса места нахождения, Ф.И.О. руководителя, тел./факса – для юридических лиц; Ф.И.О., адреса места регистрации – для физических лиц.

4.3. Копии всех документов со всеми изменениями, дополнениями и приложениями (в том числе приказов, распоряжений, заявок, договоров, счетов, счетов-фактур, платежных поручений, актов выполненных работ, электронной переписки), опосредующих производство и распространение рассматриваемой рекламы.

4.4. Копии договоров (соглашений) со всеми изменениями, дополнениями и приложениями на дату вынесения настоящего Определения, опосредующих

распространение рассматриваемой рекламы.

4.5. Поясняющие, кто определил содержание рассматриваемой рекламы, её наполнение, кем, когда и каким образом одобрена (утверждена, согласована) реклама; в случае, если реклама не утверждалась и не согласовывалась, представьте соответствующую поясняющую письменную информацию с указанием причин непринятия мер по согласованию.

4.6. О периоде распространения рассматриваемой рекламы, с указанием дат начала и окончания распространения; если распространение продолжается на дату представления ответа – с указанием соответствующей поясняющей информации и даты начала распространения.

4.7. Письменные пояснения каждого последовательно совершенного действия, направленного на производство, размещение и распространение рассматриваемой рекламы.

4.8. О территории (укажите субъекты Российской Федерации) распространения рассматриваемой рекламы.

4.9. О причинах распространения рассматриваемой рекламы без соблюдения требований п. 8 ст. 7, ч. 6 ст. 5 Закона о рекламе.

5. **ИП <...>** вправе (с паспортом) явиться лично и (или) обеспечить явку представителя (с надлежащим образом оформленной доверенностью) для участия в рассмотрении дела, либо сообщить о возможности рассмотрения дела в свое отсутствие **в срок до 11.05.2021**, предварительно на электронный адрес: tol1@fas.gov.ru и направить такое обращение по почте.

Примечание:

При ответе на настоящее определение необходимо соблюдение нумерации пунктов, по приложениям необходимо указать, к какому пункту определения они прилагаются, с указанием номера пункта.

В случае отсутствия документов и письменной информации по отдельным пунктам настоящего определения укажите на их отсутствие с пояснением причин отсутствия и указанием источника, где запрашиваемое может быть получено.

Представленное на определение должно быть подписано уполномоченным лицом, прилагаемые копии надлежащим образом заверены, подтверждена их достоверность и полнота.

В соответствии с ч. 6 ст. 19.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях непредставление в Федеральный антимонопольный орган, его территориальный орган сведений (информации), предусмотренных законодательством о рекламе, а равно представление таких сведений (информации) в неполном объеме или в искаженном виде либо представление недостоверных сведений (информации) – влечет наложение административного штрафа.

Председатель комиссии

<...>