

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

о возбуждении дела № 055/05/7-692/2024 и назначении дела к рассмотрению

09 июля 2024 года
Омск

Г.

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее – Омское УФАС России, Управление) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе <...> – заместитель руководителя Омского УФАС России, рассмотрев материалы, свидетельствующие о признаках нарушения индивидуальным предпринимателем <...> (ИНН <...>, ОГРНИП <...>, далее – ИП <...>) пункта 1 части 3, частей 7 и 11 статьи 5, пункта 8 части 7 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

Омским УФАС России 28.06.2024 выявлен факт распространения на фасаде нестационарного торгового объекта (далее – НТО), расположенного по адресу: г. Омск, пр-кт К. Маркса, д 24 Б, информации магазина «DROADVAPE VAPE STORE» следующего содержания: «*STAND CLEAR FROM THIS AREA Creativity has stopped working DROADVAPE VAPE STORE ONEWAY ХЬЮСТОН У НАС ЛУЧШИЙ АССОРТИМЕНТ TO WELCOME DROADVAPE VAPE STORE ПАРИ, А НЕ ПАРЬСЯ TAKE TIME 4 LOVE*». Одновременно указанная информация сопровождалась изображением устройства для потребления никотинсодержащей продукции «DRAG».

Согласно режимной вывеске деятельность в указанном торговом павильоне осуществляет ИП <...>.

По определению, данному статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «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 установлено, что товаром по договору купли-продажи могут быть любые вещи, не изъятые из оборота.

В соответствии с пунктом 1 статьи 467 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что 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.

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. Соответственно, 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**.

Кроме того, 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 фасаде магазина «DROADVAPE VAPE STORE», расположенного по адресу: г. Омск, пр-кт К. Маркса, д 24 Б, изображена не только продукция, но и товарные знаки, зарегистрированные в соответствии с законодательством об

интеллектуальной собственности по классам Международной классификации товаров и услуг (далее – МКТУ):

- номер государственной регистрации 875983, дата регистрации 16.06.2022, класс МКТУ 34;

- номер государственной регистрации 739980, дата регистрации 24.12.2019, класс МКТУ 34.

Класс 34 МКТУ включает: «...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 с увлажнителем для сигар; коробки спичечные; кремни; машинки для обрезки сигар; мундштуки для сигар; мундштуки для сигарет; наконечники мундштуков для сигарет; наконечники янтарные мундштуков для сигарет и сигар; пепельницы; плевательницы для табака; подставки для курительных трубок; приспособления для чистки курительных трубок; растворы жидкие для электронных сигарет; сигареты электронные; сигареты, папиросы; сигареты, содержащие заменители табака, не для медицинских целей; сигариллы; сигары; сосуды для табака; спичечницы; спички; спреи для полости рта для курящих; табак; табак жевательный; табак нюхательный; табакерки; травы курительные; трубки курительные; устройства карманные для скручивания сигарет, папирос; фильтры для сигарет; фитили для сигаретных зажигалок; части папиросной гильзы без табака; ящики для сигар; ящики для сигарет, папирос...».

Учитывая изложенное, распространенные на фасаде магазина «DROADVAPE VAPE STORE», расположенного по адресу: г. Омск, пр-кт К. Маркса, д 24 Б, информация и изображения устройства для потребления никотинсодержащей продукции являются рекламой, поскольку дают потребителю явное представление о реализации конкретных товаров в указанном магазине. При этом по своему содержанию и формату размещения данная реклама направлена на привлечение внимания неопределенного круга (в том числе несовершеннолетних), поддержание интереса как к продавцу, так и к реализуемой им продукции.

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 табак, табачной продукции, табачных изделий, никотинсодержащей продукции, курительных принадлежностей, в том числе трубок, сигаретной бумаги, зажигалок, а также устройств для потребления никотинсодержащей продукции, кальянов.**

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 (часть 4 статьи 2 Федерального закона «О рекламе»).

Одновременно текст рекламы содержит информацию «У НАС **ЛУЧШИЙ АССОРТИМЕНТ**».

В силу части 1 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Согласно пункту 1 части 3 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» недостоверной признается реклама, которая содержит не соответствующие действительности сведения **о преимуществах рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами.**

Рекламодатель вправе выбрать форму, способ и средства рекламирования своего товара, при этом он должен соблюдать обязательные требования, предъявляемые законодательством к рекламе, в частности о включении в рекламу предупреждающих надписей, обязательных сведений или условий оказания услуг.

В пункте 29 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 информация, содержащаяся в рекламе, должна отвечать критериям достоверности, в том числе в целях формирования у потребителя верного, истинного представления о товаре (услуге), его качестве, потребительских свойствах.

В связи с этим **использование в рекламе сравнительной характеристики объекта рекламирования с иными товарами, например, путем употребления слов «лучший», «первый», «номер один», должно производиться с указанием конкретного критерия, по которому осуществляется сравнение и который имеет объективное подтверждение.**

Поэтому реклама, не сопровождаемая таким подтверждением, должна считаться недостоверной как содержащая не соответствующие действительности сведения о преимуществах рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами, изготовленными другими производителями или реализуемыми другими продавцами (пункт 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе).

Отсутствие критериев допускает возможность проведения сравнения по любому критерию, что может ввести потребителей в заблуждение относительно объекта рекламирования (реализуемых товаров).

В вышеуказанной рекламе использовано утверждение «У НАС ЛУЧШИЙ АССОРТИМЕНТ», при этом с точки зрения обычного потребителя данная информация создает впечатление о том, что ассортимент товаров, реализуемых магазином «DROADVAPE VAPE STORE», имеет значительное преимущество перед ассортиментом других хозяйствующих субъектов, реализующих аналогичные товары.

Вместе с тем, реклама не содержит критерия, по которому осуществлялось сравнение и который имеет объективное подтверждение, что свидетельствует о признаках нарушения пункта 1 части 3 статьи 5 Федерального закона «О рекламе».

В части 7 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» установлено, что не допускается реклама, в которой отсутствует часть существенной информации о рекламируемом товаре, об условиях его приобретения или использования, если при этом искажается смысл информации и вводятся в заблуждение потребители рекламы.

Кроме того, в рассматриваемой рекламе используются слова и словосочетания на английском языке: «*STAND CLEAR FROM THIS AREA*», «*Creativity has stopped working*», «*ONEWAY*», «*TO WELCOME*», «*TAKE TIME 4 LOVE*».

В части 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 фасаде магазина «DROADVAPE VAPE STORE», расположенного по адресу: г. Омск, пр-кт К. Маркса, д 24 Б, слова на иностранном языке использованы без идентичного содержания и технического оформления на русском языке.

По определению (пункт 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») **ненадлежащая** реклама – реклама, не

соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В силу пункта 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель - это изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

Рекламораспространитель, т.е. лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (пункт 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Исходя из определений, данных в пунктах 5 и 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», ИП <...> является и рекламодателем, и рекламораспространителем.

На основании части 6 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных пунктом 1 части 3 и частью 7 статьи 5, пунктом 8 части 7 Федерального закона «О рекламе».

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 2, 13, 24, 25 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922,

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Возбудить производство по делу № 055/05/7-692/2024 по признакам нарушения требований пункта 1 части 3, частей 7 и 11 статьи 5, пункта 8 части 7 Федерального закона «О рекламе».

2. Признать лицом, участвующим в деле:

- лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ИП <...>.

3. Назначить дело № 055/05/7-692/2024 к рассмотрению **на 07 августа 2024 года в 15:30 часов** по адресу: 644010, г. Омск, пр. К. Маркса, д. 12 А, к. 102.

4. ИП <...> в срок **до 02 августа 2024 года** представить в адрес Омского УФАС России письменный отзыв на настоящее определение с приложением документов, обосновывающих позицию ИП <...>.

Рассмотрение дела может осуществляться дистанционно.

Ссылка на предоставление возможности участия в рассмотрении дела путем видео-конференц-связи (далее – ВКС): <https://fas3.tconf.rt.ru/c/6349697048>.

С инструкцией для участников ВКС можно ознакомиться по ссылке: https://fas.gov.ru/in_ca.pdf.

Председатель Комиссии