ИП Ф.

668302, Республика Тыва,

667001, Республика Тыва,

Магазин-бар «Хмель и Солод»

РЕШЕНИЕ

по делу № 04-04-02/18-17

30 августа 2017 года г. Кызыл

Резолютивная часть решения объявлена 16 августа 2017 года

Решение изготовлено в полном объеме 30 августа 2017 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Тыва (далее - Тывинское УФАС России) по рассмотрению дела № 04-04-02/18-17 по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии:

Ооржак А.О. – заместитель руководителя управления – начальник отдела контроля закупок и антимонопольного контроля органов власти Тывинского УФАС России,

Члены Комиссии:

Кыргыс А.В. – начальник отдела антимонопольного контроля и рекламы Тывинского УФАС России,

Орус-оол Е.А. – специалист – эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы Тывинского УФАС России,

в отсутствии надлежащим образом извещенного Индивидуального предпринимателя Ф,

рассмотрев дело № 04-04-02/18-17, возбужденное в отношении Индивидуального предпринимателя Ф (ИНН 170500581897, ОГРНИП 310172108600089), адрес места жительства: 668302, Республика Тыва, ; адрес осуществления предпринимательской деятельности: 667001, Республика Тыва,по признакам нарушения части 3 статьи 21 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

УСТАНОВИЛА:

По результатам проведенного Тывинским УФАС России мониторинга наружной рекламы на предмет соответствия требованиям Закона о рекламе, распространяемых на территории г. Кызыла, выявлено распространение рекламы, размещенной на баннере, установленном на фасаде бара «Хмель и Солод», находящегося по адресу: г. Кызыл, ул. Оюна Курседи, д. 151 следующего содержания:

«Бар Хмель&Солод; чрезмерное употребление алкоголя вредит вашему здоровью»,

с использованием изображений банки с логотипом «Жигули Барное».

По результатам проведенного мониторинга составлен акт осмотра наружной рекламы от 04.05.2017 года.

По данному факту приказом Тывинского УФАС России от 14.06.2017 года № 216 возбуждено дело № 04-04-02/18-17 в отношении ИП Ф. по признакам нарушения части 3 статьи 21 Закона о рекламе.

Определением Тывинского УФАС России от 14.06.2017 года (исх. № 4-912) у ИП Ф. были запрошены сведения и документы необходимые для рассмотрения настоящего дела, по существу.

Указанное определение было направлено посредством услуг почтовой связи в адрес регистрации и адрес осуществления предпринимательской деятельности ИП Ф. и было возвращено в связи с отсутствием адресата по указанному адресу.

Кроме того, должностным лицом Тывинского УФАС России 11.07.2017 года по телефонному звонку ИП Ф. уведомлен о дате и месте рассмотрения дела № 04-04-02/18-17, что подтверждается телефонограммой от 11.07.2017 года.

Вместе с тем, 11.07.2017 года в назначенное время на рассмотрение дела № 04-04-02/18-17 ИП Ф. не явился, представителя с должным образом оформленными полномочиями не направил, ходатайств не заявлял.

Комиссия Тывинского УФАС России пришла к выводу о необходимости отложения рассмотрения дела № 04-04-02/18-17, и предоставлению достаточного времени ИП Ф. для направления документов и пояснений по существу рассматриваемого дела, в связи с чем определением от 14.07.2017 года рассмотрение настоящего дела было отложено на 16.08.2017 года в 11 часов 00 минут вместе с повторным запросом вышеуказанных сведений.

Указанное определение было направлено посредством услуг почтовой связи в адрес регистрации и адрес осуществления предпринимательской деятельности ИП Ф.

Вместе с этим, должностным лицом Тывинского УФАС России 16.08.2017 года по телефонному звонку ИП Ф. уведомлен о дате и месте рассмотрения дела № 04-04-02/18-17, что подтверждается телефонограммой от 16.08.2017 года.

Однако, 16.08.2017 года в назначенное время на рассмотрение дела № 04-04-02/18-17 ИП Ф. не явился, представителя с должным образом оформленными полномочиями не направил, ходатайств не заявлял.

Комиссия Тывинского УФАС России, исследовав материалы дела № 04-04-02/18-17, приходит к следующим выводам.

Статья 3 Закона о рекламе, понимает под рекламой информацию, распространенную любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованную неопределенному кругу лиц и направленную на

привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Под объектом рекламирования подразумевается товар, средство его индивидуализации, 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.

Вышеназванная информация содержит все признаки рекламы:

- распространена с использованием рекламного баннера;

- адресована неопределенному кругу лиц;

- вызывает у потребителей ассоциацию с определенным товаром (пивом);

- содержит графические изображения и словесные выражения об алкогольной продукции «Жигули», «Чрезмерное употребление алкоголя вредит вашему здоровью»;

- объектом рекламирования является алкогольная продукция, реализуемая в баре «Хмель и Солод», расположенном по адресу: г. Кызыл, ул. Оюна Курседи, д. 151.

В силу части 11 статьи 5 Закона о рекламе при производстве, размещении и распространении рекламы должны соблюдаться требования законодательства Российской Федерации.

Статья 21 Закона о рекламе устанавливает специальные требования к рекламе алкогольной продукции. При этом данная статья содержит как требования, предъявляемые к рекламе любой алкогольной продукции, так и специальные требования, предъявляемые к рекламе алкогольной продукции отдельных категорий.

К таким отдельным категориям алкогольной продукции статья 21 Закона о рекламе относит:

- пиво и напитки, изготавливаемые на основе пива,

- вино и игристое вино (шампанское), произведенные в Российской Федерации из выращенного на территории Российской Федерации винограда,

- алкогольная продукция с содержанием этилового спирта пять и более процентов объема готовой продукции.

Соответственно, нормы, устанавливающие требования к рекламе алкогольной продукции указанных категорий, являются специальными по отношению к общим нормам, установленным для рекламы алкогольной продукции.

Согласно части 4 статьи 2 Закона о рекламе 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 Федеральным законом "О рекламе" установлены специальные требования и ограничения.

В соответствии с пунктом 3 части 2 статьи 5 Закона о рекламе недобросовестной рекламой признается реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте, если она осуществляется под видом рекламы другого товара, товарный знак или знак обслуживания которого тождествен или сходен до степени смешения с товарным знаком или знаком обслуживания товара, в отношении рекламы которого установлены соответствующие требования и ограничения, а также под видом рекламы изготовителя или продавца такого товара.

Реклама фиксирует внимание потребителей на товарном знаке «Жигули» и изображении банки с напитком.

Восприятие потребителями товарного знака в качестве рекламы конкретного товара зависит от знакомства потребителя с товарами, выпускаемыми под данным знаком.

Пиво «Жигули Барное» широко представлено в продаже и известно потребителю. Безалкогольное пиво «Жигули Барное» поступило в продажу с 2016 года, и не столь известно потребителю.

Согласно пункту 13 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 122 от 13.12.2007 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности» вопрос о сходстве до степени смешения обозначений является вопросом факта и по общему правилу может быть разрешен без назначения экспертизы.

Визуальное сравнение образцов пива «Жигули Барное» и «Жигули Барное безалкогольное» в алюминиевых банках позволяет заключить о наличии графического и объемного тождества между товарным знаком «Жигули» на банке пива «Жигули Барное» и банке безалкогольного пива «Жигули Барное безалкогольное». При этом композиционное оформление банки безалкогольного пива «Жигули Барное безалкогольное» сходно с оформлением банки пива «Жигули Барное», широко представленного в продаже.

Дизайн банок обоих напитков обладает очевидным сходством. Банки обладают идентичными характерными чертами - общее композиционное решение, идентичный шрифт для обозначения наименований, совпадающие текстовые и изобразительные элементы - медальон синего цвета с изображением белой птицы, обрамленном колосьями, с надписью «Моспивком», «Высший сорт» линии, загнутые в правую сторону черного цвета надпись «Жигули» на фасадной части банки, надпись «Барное».

Отличием упаковок заключается в использовании различной цветовой гаммы, оформления банок, а также незначительных отличиях в изображениях надписи «безалкогольное» и «фирменное».

Товарный знак «Жигули» использован в названии обоих напитков и на нем в

рекламе концентрируется внимание потребителей за счет визуального доминирования над иными обозначениями, дизайн банок обоих напитков сходен до степени смешения, и изображение банки в рекламе и не влияет на различительную способность словосочетания «безалкогольное» в целом.

С учетом изложенного Комиссия Тывинского УФАС России установила, что в целом отдельные отличия в наличии надписи «безалкогольное» рассматриваемых напитков и их упаковок не способны должным образом индивидуализировать данные товары в рекламе, и соответственно не влияют на различительную способность названий товаров и их упаковок при восприятии потребителями их рекламы.

В этой связи реклама безалкогольного напитка «Жигули Барное» с использованием товарного знака «Жигули» на алюминиевой банке данного напитка, вызывает прочные ассоциативные связи с пивом «Жигули Барное».

Согласно пункту 16 Письма Президиума ВАС № 37 от 25.12.1998 года «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» информация, очевидно ассоциирующаяся у потребителя с определенным товаром, рассматривается как реклама этого товара.

Изложенные обстоятельства позволяют заключить, что рассматриваемая реклама под видом рекламы безалкогольного напитка «Жигули Барное» призвана одновременно формировать и поддерживать интерес неопределенного круга лиц в том числе к алкогольной продукции (пиво) и безалкогольным напиткам, реализуемым в баре «Хмель и солод».

При этом, согласно части 3 статьи 21 Закона о рекламе реклама алкогольной продукции в каждом случае должна сопровождаться предупреждением о вреде ее чрезмерного потребления, причем такому предупреждению должно быть отведено не менее чем десять процентов рекламной площади (пространства).

Комиссия Тывинского УФАС России приходит к выводу, что в рассматриваемом случае осуществляется реклама пива, наряду с вышеизложенным, в связи с сопровождением рассматриваемой рекламы предупреждением следующего содержания: «чрезмерное употребление алкоголя вредит вашему здоровью», что в свою очередь является обязательным требованием к рекламе алкогольной продукции.

Более того, наименование магазина «Хмель и Солод» позволяет индивидуализировать торговый объект как бар, реализующий алкогольную продукцию – пиво, поскольку пиво является слабоалкогольным пенящийся напиток с характерным хмелевым запахом, изготавливаемый обычно из ячменного солода с добавлением хмеля (современный толковый словарь русского языка Ефремовой).

В рассматриваемой рекламе, распространенной на фасаде бара «Хмель и Солод», присутствует предупреждение о вреде чрезмерного потребления алкогольной продукции, однако размер этого предупреждения составляет менее 10% от общей площади рекламного пространства, что противоречит требованиям части 3 статьи 21 Закона о рекламе.

Расчет произведен, исходя из следующего:

14 х 100 / 154 = 9,09 % от общего рекламного пространства, где 14 см - объем предупреждения, а 154 см - общий объем рекламной площади (рекламного баннера).

Более того, в соответствии с пунктом 5 части 2 статьи 21 Закона о рекламе, реклама алкогольной продукции не должна размещаться с использованием технических средств стабильного территориального размещения (рекламных конструкций), монтируемых и располагаемых на крышах, внешних стенах и иных конструктивных элементах зданий, строений, сооружений или вне их.

Согласно письму ФАС России от 28.04.2011 года № АК/16266 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе», к числу технических средств стабильного территориального размещения относятся щиты, стенды, строительные сетки, перетяжки, электронные табло, воздушные шары, аэростаты и иные объекты, монтируемые и располагаемые на внешних стенах, крышах и иных конструктивных элементах зданий, строений, сооружений или вне их, а также остановочных пунктов движения общественного транспорта.

При этом определяющим признаком для отнесения той или иной конструкции-рекламоносителя к числу технических средств стабильного территориального размещения, по смыслу статьи 19 Закона о рекламе, является расположение конструкции стационарно, то есть прочно связан с землей, зданиями, строениями и сооружениями (т.е. объектами недвижимого имущества) и невозможность перемещения и изменения положения в пространстве присоединенной к конструкции рекламы.

Таким образом, реклама алкогольной продукции не должна размещаться с использованием технических средств стабильного территориального размещения (рекламных конструкций), монтируемых и располагаемых на крышах, внешних стенах и иных конструктивных элементах зданий, строений, сооружений или вне их.

Комиссией Тывинского УФАС России при рассмотрении настоящего дела наряду с выявленными нарушением части 3 статьи 21 Закона о рекламе установлено, что поскольку рассматриваемая реклама размещена на фасадной части здания магазина, данный факт свидетельствует и о нарушении пункта 5 части 2 статьи 21 Закона о рекламе.

В целях выявления лица, в действиях которого имеются признаки нарушения части 3 статьи 21 Закона о рекламе, была произведена покупка товара через терминал оплаты банковской карты.

Согласно информации ПАО Сбербанка России от 18.11.2016 года (вх. № 4667), терминал для расчетов по операциям, совершенным с использованием банковских карт № 10716943, установленный в баре «Хмель и Солод» подключен на имя Индивидуального предпринимателя Ф (ИНН 170500581897), что подтверждается распечаткой из программного обеспечения ПАО Сбербанка.

Согласно выписке из Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей, дополнительным видом экономической деятельности ИП Ф. является подача напитков.

Согласно информации ООО «Тува-мебель» от 10.07.2017 года (вх. № 2935) помещение под бар «Хмель и солод», расположенное по адресу: г. Кызыл, ул. Оюна Курседи, д. 151 сдано в аренду ИП Ф., что подтверждается договором аренды нежилого помещения № от года.

Законом о рекламе определены понятия «рекламодатель», «рекламораспространитель» и «рекламопроизводитель». В соответствии с пунктами 5 - 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно статьи 38 Закона о рекламе за нарушение пункта 5 части 2, части 3 статьи 21 Закона о рекламе ответственность несет рекламодатель.

На основании материалов дела № 04-04-02/18-17, Комиссия Тывинского УФАС России приходит к выводу, что рекламодателем рассматриваемой рекламы является ИП Ф.

В материалах дела № 04-04-02/18-17 отсутствуют доказательства прекращения нарушения законодательства о рекламе ИП Ф., в связи с чем, Комиссия Тывинского УФАС России по рассмотрению настоящего дела приходит к выводу о необходимости выдачи ИП Ф. предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 года № 508, Комиссия Тывинского УФАС России,

РЕШИЛА:

Признать рекламу следующего содержания: «Бар Хмель&Солод; чрезмерное употребление алкоголя вредит вашему здоровью», с использованием изображений банки с напитком и логотипом «Жигули Барное», распространяющуюся на рекламном баннере, установленном на фасаде здания возле входа в магазин-бар «Хмель и солод», расположенного по адресу: г. Кызыл, ул. Оюна Курседи, д. 151, ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования пункта 5 части 2, части 3 статьи 21 Федерального закона от 13.03.2006 года № 38-ФЗ «О рекламе».

Выдать ИП Ф. предписание об устранении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тывинского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об

административных правонарушениях в отношении виновных лиц.

Председатель Комиссии

О.А. Ооржак

Члены Комиссии

А.В. Кыргыс

Е.А. Орус-оол

Согласно статьи 37 Закона о рекламе решение может быть оспорено в суде или арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения.