

Дело № 3 5 178/77 15 возбуждено Московским УФАС России 12.10.2015 на основании Акта № 4 плановой выездной проверки юридического лица от 06.08.2015 по факту распространения рекламы «World Class сеть фитнес клубов № 1» на странице 161 «TATLER» № 7 июль 2015.

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, выслушав доводы представителей сторон по делу, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

Согласно Свидетельству о регистрации средства массовой информации ПИ № ФС77 33915 от 29.10.2008, выданному Роскомнадзором, учредителем журнала «TATLER» является ЗАО «Конде Наст».

ЗАО «Конде Наст» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 26.02.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027739270052.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ЗАО «Конде Наст» также является фактическим издателем журнала «TATLER». Данный факт подтверждается выходными данными журнала «TATLER» № 7 июль 2015, Обществом не оспаривается.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является 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 соответствии с пунктом 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является 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.

В соответствии с пунктом 3 статьи 3 Закона о рекламе, товаром является продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Предметом рассмотрения настоящего дела является реклама, размещенная на странице 161 журнала «TATLER» № 7 июль 2015.

Реклама выявлена в ходе проведения Московским УФАС России плановой проверки ЗАО «Конде Наст», факт ее размещения подтверждается имеющимся экземпляром печатного издания, а также Актом № 4 плановой выездной проверки юридического лица от 06.08.2015.

Указанная реклама содержит изображение мужчины, занимающегося спортом, надпись белого цвета «World Class сеть фитнес клубов № 1», расположенную в верхнем правом углу рекламы и визуально выделенную красным фоном, утверждения «новый фитнес-клуб в Монако», «соответствует твоей мечте», «открытие в июле», а также, в нижней части макета: номер телефона, адрес сайта в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, графы «адрес клуба» и «офис продаж», пометку «реклама».

Реклама «World Class сеть фитнес клубов № 1» размещена на основании Договора от 15.05.2015 № CN-A-15-3972 на размещение рекламы, заключенным между ООО «Спорт Форум» и ЗАО «Конде Наст». ООО «Спорт Форум» поименован в настоящем договоре рекламодателем, а предметом договора является размещение ООО «Спорт Форум» рекламы в изданиях ЗАО «Конде Наст».

В соответствии со сведениями, представленными сторонами по делу, спорная реклама размещена в рамках вышеуказанного договора, что подтверждается дополнением № 1 от 15.05.2015 к договору, платежным поручением.

Сам по себе рекламный характер информации сторонами не оспаривается. Рассматриваемая реклама содержит и сведения, индивидуализирующие хозяйствующий субъект и предлагаемые им услуги: номера телефонов, адрес сайта в сети «Интернет», фактические адреса.

При этом под «фитнес-клубом» понимается спортивный клуб для занимающихся фитнесом (*толковый словарь Ефремовой. Т. Ф. Ефремова. 2000*).

В соответствии с общедоступной информацией в сети Интернет, в том числе размещенной на сайте <https://worldclass.ru>, World Class является российской сетью фитнес-клубов.

При этом, «World Class сеть фитнес клубов № 1» является зарегистрированным товарным знаком по свидетельству № 406142, в том

числе, для 41 класса МКТУ, включающего услуги, связанные со здоровьем, физкультурой и спортом.

Резюмируя изложенное, объектом рекламирования является средство индивидуализации «World Class», а также непосредственно новый товар субъекта — фитнес-клуб.

Информация размещалась в периодическом печатном издании «TATLER», а следовательно, сведения были распространены широкому заранее неопределенному кругу лиц, на территории Российской Федерации.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникшего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации как предназначенность для неопределенного круга лиц означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Резюмируя изложенное, рассматриваемая информация является рекламой.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно положениям статьи 2 Закона Российской Федерации от 27.12.1991 № 2124-1 «О средствах массовой информации», под распространителем понимается лицо, осуществляющее распространение продукции средства массовой информации по договору с редакцией, издателем или на иных законных основаниях.

Рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителя. Комиссией Московского УФАС России установлено, что «TATLER», являющийся средством массовой информации, предназначен для неопределенного круга, распространяется на территории Российской Федерации, не является изданием, специализирующимся на сообщениях рекламного характера.

Учредителем и издателем журнала «TATLER», как установлено ранее, является ЗАО «Конде Наст». Таким образом, ЗАО «Конде Наст» является рекламодателем рассматриваемой рекламы.

В соответствии с пунктом 5 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодателем является изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

Учитывая договор от 15.05.2015 № СN-A-15-3972 и объект рекламирования, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что лицом, определившим содержание рассматриваемой рекламы, а равно ее рекламодателем, является ООО «Спорт Форум».

ООО «Спорт Форум» и ЗАО «Конде Наст» свой статус рекламодателя и рекламодателя соответственно в отношении рекламы «World Class сеть фитнес клубов № 1» на странице 161 «TATLER» № 7 июль 2015 не оспаривают.

В соответствии пунктом 1 части 2 статьи 5 Закона о рекламе, недобросовестной признается реклама, которая содержит некорректные сравнения рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами.

В соответствии с пунктом 1 части 3 статьи 5 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.

Согласно пункту 9 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», при сравнении в рекламе собственных товаров с товарами конкурентов не допускаются сравнение, основанное на несопоставимых критериях, или неполное сравнение товаров, поскольку это искажает представление о рекламируемом товаре и не позволяет объективно оценить его свойства.

Согласно пункту 29 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58, 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.

По мнению Комиссии Московского УФАС России, сравнение с другим хозяйствующим субъектом-конкурентом и (или) его товаром путем использования слов «лучший», «первый», «номер один», «самый», «только», «единственный», иных слов или обозначений, создающих впечатление о превосходстве товара и (или) хозяйствующего субъекта, без указания конкретных характеристик или параметров сравнения, имеющих объективное подтверждение, является некорректным сравнением.

При этом, при наличии такого сравнение в форме использования слов в превосходной степени при отсутствии в рекламе прямого сравнения с конкретными товарами конкурентов (прямого их поименования), представляется возможным сделать вывод о том, что в рассматриваемом случае сравнение производится со всеми другими представленными на данном рынке лицами, осуществляющими аналогичную деятельность (издающими и выпускающими журналы, сайты и электронные мобильные приложения соответствующей тематики).

Словосочетание «World Class сеть фитнес клубов № 1» очевидно указывает, что «World Class» является лучшим фитнес-клубом на рынке, при этом какие-либо критерии такого превосходства отсутствуют, как и соответствующие в рекламе не указаны конкретные критерии, соотносимые с этим утверждением (например, «первый фитнес-клуб в Монако»).

ООО «Спорт Форум» в письменных объяснениях ссылается на возможность употребления словосочетания «сеть фитнес клубов № 1» в связи с несколькими частными премиями и номинациями спортивного клуба «World Class».

Комиссия Московского УФАС России критически относится к указанному доводу, в связи с тем, что данные критерии и их подтверждения не приведены в рекламе как того требует законодательство.

В рекламе недопустима сама возможность формирования у потребителя неверного, искаженного представления о товаре, его преимуществе над взаимозаменяемыми товарами, тем более в отсутствие понимания по каким характеристикам произошло сравнение, насколько он доверяет источнику информации, из которого следует лидерство товара или субъекта на рынке, а также насколько актуален данный источник.

Более того, ответчик прямо указывает, что считает себя лучшим лишь в «премиальном сегменте», на что также отсутствует указание в спорной рекламе. При этом, Обществом не пояснена объективность оценки и отнесения объектов к «премиальному сегменту в сфере фитнес-клубов», возможность его оценки, выделения сформировавшейся совокупности критериев сегмента и т. д.

Также, ООО «Спорт Форум» ссылается на тот факт, что словосочетание «сеть фитнес клубов № 1» является частью товарного знака по свидетельству № 406142, воспроизведенного в рекламе, а равно использование такого словосочетания в рекламе является неотъемлемым правом Общества на использование товарного знака, обусловленным статьей 1229, пунктом 2 статьи 1270 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ).

Между тем, Комиссия Московского УФАС России критически относится к указанному доводу как базирующемуся на неверном применении норм материального права.

Пункт 2 статьи 1270 ГК РФ раскрывает понятие «использования произведения». При этом, законодатель в полной мере разделяет понятие «произведения» и «товарного знака», исключительные права на них. В том числе, они являются предметом регулирования различных глав части четвертой ГК РФ (главы 70 и 76 ГК РФ соответственно), их понятия отделены как исходя из содержания, так и в силу отнесения к разным видам результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий (подпункты 1 и 14 пункта 1 статьи 1225 ГК РФ).

Таким образом, положения статьи 1270 ГК РФ не применимы к товарному знаку по свидетельству № 406142.

В силу пункта 1 статьи 1270 ГК РФ, юридическое лицо, обладающее исключительным правом на средство индивидуализации (правообладатель), вправе использовать такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом.

Между тем, использование в рекламе указаний, однозначно создающих впечатление о превосходстве товара, в форме некорректного сравнения, в отсутствие конкретного критерия, по которому осуществляется сравнение и который имеет объективное подтверждение, является незаконным.

Законодательство Российской Федерации прямо указывает отдельные примеры возможности использования товарного знака в

рекламе, даже если его содержание само по себе и противоречит нормам законодательства о рекламе.

Так, в силу части 11 статьи 5 Закона о рекламе при производстве, размещении и распространении рекламы должны соблюдаться требования 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 — Закон о государственном языке), государственным языком Российской Федерации на всей ее территории является русский язык.

В соответствии с пунктом 10 части 1 статьи 3 Закона о государственном языке, государственный язык Российской Федерации подлежит обязательному использованию в рекламе.

В силу части 2 статьи 3 Закона о государственном языке, в случае использования наряду с государственным языком Российской Федерации в рекламе иностранного языка тексты на русском языке и на иностранном языке должны быть идентичными по содержанию и техническому оформлению, выполнены разборчиво и т. д.

Между тем, законодательство прямо устанавливает исключение из вышеуказанных правил, указывая в части 3 статьи 3 Закона о государственном языке, что данное требование не распространяется на товарные знаки.

Для настоящего случая и спорной рекламы такие исключения в законе отсутствуют.

Необходимо также привести и аналогичные нормы закона. В частности, согласно пункту 4 письма ФАС России от 13.09.2012 № АК/29977, демонстрация в рекламе алкогольной продукции товарного знака в виде изображения людей/животных или части упаковки (бутылки, банки) алкогольной продукции с использованием образа человека/животного является нарушением пункта 6 части 1 статьи 21 Закона о рекламе.

Таким образом, товарный знак подлежит использованию в рекламе в строгом соответствии с положениями законодательства Российской Федерации о рекламе.

Комиссия также отмечает следующее. В силу пункта 1 статьи 1477 ГК РФ под товарным знаком понимается обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных

предпринимателей.

Согласно письму Федеральной службы по интеллектуальной собственности в Московское УФАС России № 08/17 1379 от 03.03.2015 (далее — письмо Роспатента), такие элементы, как «лучший», «первый», «номер один», «№1» и другие, которые могут быть отнесены к категории обозначений, носящих хвалебный характер или указывающих на свойство и качество товаров (услуг), могут быть включены в товарный знак только в качестве неохраняемых элементов, при условии, что они не занимают в нем доминирующее положение (пункт 1 статьи 1483 ГК РФ).

Согласно письму Роспатента, элементы «сеть фитнес-клубов № 1» не обладают различительной способностью, поскольку указывают на видовое наименование предприятия (сеть - совокупность однородных взаимосвязанных учреждений, устройств или лиц, выполняющих одно задание, работу), а также на назначение услуг («фитнес-клуб» - спортивный клуб для занимающихся фитнесом). Кроме того, присутствующий в обозначении элемент «№1», который может быть воспринят как носящий хвалебный характер (номер один - основной, самый главный, самый первый кто-либо) также не обладает различительной способностью и подпадает под категорию описательных обозначений, как и рассмотренные выше элементы.

Письмо Роспатента прямо указывает, что поскольку указанные элементы не занимают в товарном знаке доминирующее положение, они были включены в него как неохраняемые элементы (пункт 1 статьи 1483 ГК РФ). При этом, какие-либо документы для подтверждения указания в заявленном обозначении на «сеть фитнес-клубов № 1» заявителем в Роспатент не представлялись.

В силу пункта 1 статьи 1483 ГК РФ, неохраняемые элементы различительной способностью не обладают.

Таким образом, словосочетание «сеть фитнес клубов № 1» в спорной рекламе является неохраняемым элементом (что подтверждается и свидетельством на товарный знак № 406142), не обладающем различительной способностью, а равно не служит для индивидуализации товаров, работ или услуг, в отношении которых товарный знак зарегистрирован.

В соответствии с подпунктом 4 пункта 2 статьи 1484 ГК РФ, исключительное право на товарный знак может быть осуществлено для индивидуализации товаров, работ или услуг, в отношении которых товарный знак зарегистрирован, в частности путем размещения товарного знака в рекламе.

Таким образом, словосочетание (элемент) «сеть фитнес-клубов № 1» не не служит для индивидуализации товаров, работ или услуг рекламоателя.

Более того, исходя из вышеизложенного, учитывая пункты 9, 29 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58, в настоящем случае антимонопольный орган не ограничивает право рекламоателя на использование товарного знака по свидетельству № 406142, а лишь указывает на необходимость воздержания от использования неохраяемого элемента товарного знака либо его использование в совокупности с объективным, корректным критерием (критериями) в отношении обозначения «№ 1», сопровождаемым (сопровождаемыми) объективным подтверждением.

На основании изложенного, Комиссией Московского УФАС России в рекламе «World Class сеть фитнес клубов № 1» на странице 161 «TATLER» № 7 июль 2015 установлено нарушение пункта 1 части 2, пункта 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации о рекламе, является ненадлежащей.

Таким образом, реклама «World Class сеть фитнес клубов № 1» на странице 161 «TATLER» № 7 июль 2015 является ненадлежащей.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных пунктом 1 части 2 статьи 5, пункта 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе, несет рекламоатель.

Таким образом, ответственность за нарушение пункта 1 части 2 статьи 5, пункта 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе в рекламе «World Class сеть фитнес клубов № 1» на странице 161 «TATLER» № 7 июль 2015 несет ООО «Спорт Форум».

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Между тем, предписание само по себе направлено именно на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, и не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ООО «Спорт Форум», ЗАО «Конде Наст» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона 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 № 508,

#### РЕШИЛА:

1. Признать размещенную ООО «Спорт Форум» рекламу «World Class сеть фитнес клубов № 1» на странице 161 «TATLER» № 7 июль 2015 ненадлежащей в связи с нарушением требований пункта 1 части 2 статьи 5, пункта 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе.

2. Выдать ООО «Спорт Форум», ЗАО «Конде Наст» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о

рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

В полном объеме решение изготовлено «28» января 2016 г. Решение может быть обжаловано в течение трех месяцев со дня его принятия в Арбитражный суд г. Москвы в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.