

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

по делу № 113-14.3 ч.1/18 об административном правонарушении

20 декабря 2018 года г. Челябинск

Руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области (далее – Челябинское УФАС России) <...> рассмотрев материалы административного дела № 113-14.3 ч.1/18, возбужденного в отношении индивидуального предпринимателя <...> по факту распространения в сообществе «Выбери Суши - щедрая доставка в Челябинске» <https://vk.com/viberisusi> социальной сети «ВКонтакте» рекламы дистанционного способа продажи товаров без указания сведений о продавце продукции; с использованием обозначения «МАКУРА» сходного с товарным знаком «КАМАКУРА» по свидетельству № 536210 ООО «Комегия» без согласия общества на его использование, с нарушением статьи 8, пункта 7 части 3 статьи 5 Федерального закона «О рекламе», ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

в присутствии представителя ИП <...>, надлежащим образом извещенного о времени и месте рассмотрения дела (определение исх. № 15692/08 от 12.11.2018, почтовый идентификатор 80082329011338, почтовое уведомление о вручении 26.11.2018),

в присутствии главного специалиста-эксперта отдела контроля за рекламой и недобросовестной конкуренцией Челябинского УФАС России <...>,

исследовав материалы дела, разъяснив представителю лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, права, а именно: знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы и иные процессуальные права и обязанности, предусмотренные Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии со статьей 51 Конституции РФ никто не обязан свидетельствовать против самого себя, своего супруга и близких родственников, круг которых определяется федеральным законом,

УСТАНОВИЛА:

В Челябинское УФАС России поступило заявление общества с ограниченной ответственностью «Коллегия» (далее – Заявитель, ООО «Коллегия») о распространении в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» в сообществе «Выбери Суши - щедрая доставка в Челябинске» <https://vk.com/viberisusi> социальной сети «ВКонтакте» ненадлежащей рекламы изготовителя суши с коммерческим обозначением «Выбери суши».

В заявлении указано, что в рекламе отсутствуют сведения о лице, осуществляющем деятельность по доставке продукции (суши, роллы) под обозначением «Выбери суши», сравниваются действующие достоверные цены на роллы производства «Выбери суши» и ООО «Коллегия» с использованием обозначения «MAKURA» сходного с товарным знаком Заявителя «КАМАКУРА» по свидетельству № 536210 без согласия Заявителя.

Также в Челябинское УФАС России из отдела полиции «Тракторозаводский» УМВД по г. Челябинску поступили материалы по заявлению ООО «Коллегия» в отношении ИП <...> по тому же факту.

ООО «ВКонтакте» в письме вх. № 483 по запросу Челябинского УФАС России указало, что создатель сообщества «Выбери Суши - щедрая доставка в Челябинске» пользователь <...>. Создатель и администраторы группы указали при регистрации, в том числе номера телефонов: <...>.

Информация на персональных страницах Пользователей и в Сообществах является пользовательским контентом, размещается на безвозмездной основе без участия ООО «ВКонтакте», не проходит предварительную модерацию (цензуру, согласование) со стороны общества.

ПАО «Вымпелком» в письме вх. № 1426 от 05.02.2018 по запросу Челябинского УФАС России указало, что абонентом телефонного номера <...> является гр. <...>

ПАО «Мегафон» в письме от 26.01.2018 по запросу Челябинского УФАС России указало, что телефонные номера <...> предоставлены юридическому лицу ООО «2М» (ОГРН 1087453003252, ИНН/КПП 7453194389/744701001 г. Челябинск, ул. Сони Кривой, д. 55, кв. 77).

ИП <...> в письменных объяснениях вх. № 5630 от 25.04.2018 указал, что использует коммерческое обозначение «Выбери суши» и ему принадлежит Интернет-сайт vibery-sushi.ru. Правоотношений с физическими или юридическими лицами, в том числе с ООО «2М», а также гр. <...> по вопросам создания и администрирования группы «Выбери Суши - щедрая доставка в Челябинске» <https://vk.com/viberisusi> социальной сети «ВКонтакте» не имеет. В коммерческой деятельности ИП <...> использует телефонный

номер <...> ИП <...> считает, что хоть он и является продавцом и изготовителем суши с коммерческим обозначением «Выбери суши», но поскольку самостоятельно объект рекламирования и содержание размещенной информации не определял, то не может быть признан рекламодателем рекламы.

ООО «2М» в письменных пояснениях вх. № 7849 от 07.06.2018 указало, что правоотношений с гр. <...> по вопросам создания и администрирования группы «Выбери Суши - щедрая доставка в Челябинске» <https://vk.com/viberisusi> социальной сети «ВКонтакте» не имеет, в трудовых отношениях с указанными лицами не состоит, гражданско-правовые отношения с указанными лицами у общества отсутствуют. Телефонные номера <...> принадлежат обществу в рамках договора с оператором связи об оказании услуг радиотелефонной связи № 846093 от 18.04.2018. Данные телефонные номера общество передало в пользование ИП <...>, что подтверждается договором аренды телефонных номеров. Рекламодателем рекламы, размещенной в группе «Выбери Суши - щедрая доставка в Челябинске» <https://vk.com/viberisusi> социальной сети «ВКонтакте» общество не является, содержание рекламной информации не определяло.

Челябинское УФАС России приходит к следующим выводам.

В социальной сети «ВКонтакте» в сообществе «Выбери Суши - щедрая доставка в Челябинске» <https://vk.com/viberisusi> размещен рекламный баннер с информацией: «Выбери Суши - щедрая доставка в Челябинске. У нас большие и сытные порции. Точнее, ОГРОМНЫЕ порции. Грамм туда, грамм сюда – это точно не про нас. Можете проверить это сами, сделав заказ. Голодным у нас еще никто не оставался. Заказывайте на сайте или по телефону: <...>. Здесь же указан адрес Интернет-сайта <http://vibery-sushi.ru> и адрес: Челябинск, ул. Артиллерийская (далее – Реклама 1). В разделе «Видеозаписи» сообщества 17 декабря 2017 года размещен видеоролик, в котором присутствует обозначение «MAKURA» и «Выбери суши», а также информация о ценах на роллы Филадельфия производства «MAKURA» и «Выбери суши» (далее – Реклама 2).

Факт размещения Рекламы 1,2 подтверждается актом осмотра № 182-2017 от 09.01.2018, составленным специалистами Челябинского УФАС России.

Согласно письму ФАС России от 28.08.2015 № АК/45828/15 «О рекламе в сети «Интернет» когда размещаемая на сайте производителя или продавца товаров или на страницах в социальных сетях производителя или продавца данных товаров информация направлена не столько на информирование потребителя об ассортименте товаров или деятельности компании, сколько на привлечение внимания к конкретному товару и его выделение среди однородных товаров (например, всплывающий баннер), такая информация может быть признана рекламой.

Видеоролик с информацией о роллах «Филадельфия» и рекламный баннер об

услугах доставки и, размещенные в социальной сети «ВКонтакте» в сообществе «Выбери Суши - щедрая доставка в Челябинске» <https://vk.com/viberisusi> с использованием обозначения «Выбери суши» являются рекламой, поскольку направлены на привлечение внимания к определенному товару, в данном случае роллам «Филадельфия», изготавливаемым и реализуемым лицом с коммерческим обозначением «Выбери суши», а также к услугам по доставке продукции и продвижение данного товара и услуг доставки на рынке производства готовых пищевых продуктов и блюд, а именно традиционной японской кухни.

Из представленных отделом полиции «Тракторозаводский» УМВД по г. Челябинску материалов по заявлению ООО «Коллегия» в отношении ИП <...>, а именно письменных объяснений ИП <...> усматривается, что он осуществляет предпринимательскую деятельность в сфере организации общественного питания по производству суши и роллов под коммерческим обозначением «Выбери суши», использует логотип «Выбери суши». Для удобства потребителей он зарегистрировал Интернет-сайт www.vivery-sushi.ru с помощью которого потребители могут удаленно заказывать продукцию. Иных способов реализации продукции через сеть Интернет у ИП <...> не имеется. По адресу: г. Челябинск, ул. Артиллерийская, д. 108 у ООО «Профессиональные кондитеры» он арендует помещение для производства суши и роллов и отдела розничных продаж.

Изложенное позволяет Комиссии сделать выводы, что лицом, использующим коммерческое обозначение «Выбери суши» является ИП <...>, который производит и реализует блюда японской кухни, в том числе путем их доставки заказчикам.

1. Согласно статье 8 Федерального закона «О рекламе» в рекламе товаров при дистанционном способе их продажи должны быть указаны сведения о продавце таких товаров: наименование, место нахождения и государственный регистрационный номер записи о создании юридического лица; фамилия, имя, отчество, основной государственный регистрационный номер записи о государственной регистрации физического лица в качестве индивидуального предпринимателя.

Информация об оформлении заказа и его доставке в Челябинске через Интернет-сайт <http://vivery-sushi.ru> или по телефону: +7 (351) 751-18-19 подпадает под понятие дистанционного способа продажи товаров, следовательно, в такой рекламе должна быть указана информация, предусмотренная статьей 8 Федерального закона «О рекламе».

В Рекламе 1 отсутствуют сведения о продавце продукции (фамилия, имя, отчество, основной государственный регистрационный номер записи о государственной регистрации физического лица в качестве индивидуального предпринимателя), в данном случае ИП Семченко А.А., использующего коммерческое обозначение «Выбери суши» при производстве и реализации

продукции и осуществляющего доставку данной продукции (суши, роллы) посредством Интернет-сайта <http://vibery-sushi.ru>, в связи с чем реклама нарушает статью 8 Федерального закона «О рекламе».

2. В силу пункта 7 части 3 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» недостоверной признается реклама, которая содержит не соответствующие действительности сведения об исключительных правах на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товара.

ООО «Коллегия» является правообладателем товарного знака «КАМАКУРА» по свидетельству № 536210 по классу МКТУ 43 - аренда помещений для проведения встреч; базы отдыха; закусочные; кафе; кафетерии; рестораны; рестораны самообслуживания; столовые на производстве и в учебных заведениях; услуги баров; услуги по приготовлению блюд и доставке их на дом.

Согласно заявке на регистрацию, товарный знак является комбинированным обозначением, представляющим графическую композицию из фантазийного слова «КАМАКИРА», выполненного буквами русского алфавита одного размера художественным шрифтом и стилизованного изображения бамбуков, два из которых выполнены перед словом «КАМАКИРА», а третий выполнен под последними буквами «КАМАКИРА» горизонтально.

В Рекламе 2 присутствует обозначение «МАКУРА» сходное с товарным знаком Заявителя «КАМАКУРА» по свидетельству № 536210 за счет использования словесной части товарного знака.

В силу требований статьи 1484 ГК РФ к действиям по осуществлению исключительного права на товарный знак относится, в том числе размещение товарного знака в предложениях о продаже товаров (выполнении работ, оказании услуг), а также в объявлениях, на вывесках и в рекламе.

При применении указанных норм судам следует исходить из того, что использование товарного знака товара, правомерно введенного в гражданский оборот, возможно и другими лицами в рекламе своей торговой деятельности по реализации данного товара. (Постановление Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе").

Поскольку лицо с коммерческим обозначением «Выбери суши» не реализует товары с товарным знаком «КАМАКУРА» и не имеет согласия ООО «Коллегия» на его использование, оно не вправе использовать обозначение «МАКУРА» сходное с товарным знаком Заявителя в рекламе своих товаров, в связи с чем реклама нарушает пункт 7 части 3 статьи 5 Федерального закона «О рекламе».

Согласно статье 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение статьи 8, пункта 7 части 3 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель.

В соответствии со статьей 3 Закона о рекламе рекламодателем является изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

Исходя из понятия рекламодателя, изложенного в статье 3 Закона о рекламе это, по сути, заказчик рекламы, т.е. то лицо, в чьих интересах осуществляется распространение и размещение рекламы. Соответственно таким лицом могут выступать изготовитель, продавец, фирма, оказывающая услуги, частное лицо и так далее.

Рекламодателем рекламы надлежит признать ИП <...>, как лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность (производство продукции, её реализация и доставка) под коммерческим обозначением «Выбери суши» посредством Интернет-сайта vibery-sushi.ru в интересах которого размещена реклама в социальной сети «ВКонтакте» в сообществе «Выбери Суши - щедрая доставка в Челябинске» <https://vk.com/viberisusi>.

Доводы ИП <...> о том, что, что он не является рекламодателем рекламы должностным лицом не принимаются по следующим основаниям.

Так, специалистами Челябинского УФАС России осуществлен осмотр Интернет-сайта vibery-sushi.ru ИП <...>, о чем составлен акт осмотра № 29-2018, в результате которого установлено, что на указанном сайте присутствует тот же контактный номер доставки +7 (351) 751-18-19, что и в сообществе «Выбери Суши - щедрая доставка в Челябинске» <https://vk.com/viberisusi> социальной сети «ВКонтакте».

Телефонные номера <...>, указанные при регистрации сообщества «Выбери Суши - щедрая доставка в Челябинске» <https://vk.com/viberisusi> социальной сети «ВКонтакте» принадлежат ООО «2М» учредителем и директором которого является <...>. Как усматривается из договора аренды телефонных номеров от 20.07.2017 между ООО «2М» и <...>, телефонные номера <...> обществом переданы в пользование <...>

- <...> иных лиц, в интересах которых могла быть размещена Реклама 1,2 в сообществе «Выбери Суши - щедрая доставка в Челябинске» <https://vk.com/viberisusi> социальной сети «ВКонтакте» Челябинским УФАС России не установлено.

Распространение ненадлежащей рекламы также установлено решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 17 июля 2018 года по делу №. 27-08/2018.

Частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) предусмотрено, что нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе, за исключением случаев, предусмотренных частями 2-5 настоящей статьи, статьями 14.37, 14.38, 19.31 настоящего Кодекса, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятьсот рублей; должностных лиц – от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц – от ста до пятисот тысяч рублей.

Статья 1.5. КоАП РФ устанавливает, что лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.

В соответствии с примечанием к статье 2.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, совершившие административные правонарушения, несут административную ответственность как должностные лица.

ИП <...> зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя, поэтому он подлежит административной ответственности как должностное лицо.

Вина ИП <...> выразилась в ненадлежащем исполнении требований рекламного законодательства при распространении в сообществе «Выбери Суши - щедрая доставка в Челябинске» <https://vk.com/viberisusi> социальной сети «ВКонтакте» рекламы дистанционного способа продажи товаров без указания сведений о продавце продукции; с использованием обозначения «МАКУРА» сходного с товарным знаком «КАМАКУРА» по свидетельству № 536210 ООО «Комегия» без согласия общества на его использование, с нарушением статьи 8, пункта 7 части 3 статьи 5 Федерального закона «О рекламе».

Срок давности привлечения ИП <...> к административной ответственности за административное правонарушение, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, составляет один год со дня совершения административного правонарушения (часть 1 статьи 4.5 КоАП РФ).

Реклама распространялась в социальной сети «ВКонтакте» в сообществе «Выбери Суши - щедрая доставка в Челябинске» <https://vk.com/viberisusi>, что подтверждается актом осмотра № 182-2017 от 09.01.2018, составленным специалистами Челябинского УФАС России.

Таким образом, срок давности привлечения ИП <...> к административной ответственности за данное нарушение истекает 09 января 2019 года, в связи с чем привлечение ИП <...> к административной ответственности осуществляется в пределах срока давности.

Наличие обстоятельств, объективно препятствующих ИП <...> надлежащему соблюдению статьи 8, пункта 7 части 3 статьи 5 Федерального закона «О рекламе», Челябинским УФАС России не выявлено.

У ИП <...> отсутствовали препятствия и имелась возможность для соблюдения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно – для соблюдения требований статьи 8, пункта 7 части 3 статьи 5 Федерального закона «О рекламе». Однако ИП <...> не принял необходимых и достаточных мер по соблюдению законодательства Российской Федерации о рекламе.

При таких обстоятельствах ИП <...> признается виновным в совершении административного правонарушения по части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Обстоятельств, исключающих вину ИП <...> в совершении данного административного правонарушения, а также обстоятельств, исключающих производство по делу об административном правонарушении при совершении данного административного правонарушения, не установлено.

Обстоятельств, отягчающих административную ответственность, предусмотренных статьей 4.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, не установлено.

Обстоятельством, смягчающим административную ответственность, предусмотренным пунктом 7 части 1 статьи 4.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в данном случае, является ИП Семченко А.А. до вынесения постановления по делу об административном правонарушении предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ему Челябинским УФАС России.

Статьей 4.1.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях установлено, что являющимся субъектами малого и среднего предпринимательства лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, и юридическим лицам, а также их работникам за впервые совершенное административное правонарушение, выявленное в ходе осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля, в случаях, если назначение административного наказания в виде предупреждения не предусмотрено соответствующей статьей раздела II настоящего Кодекса или закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях, административное наказание в виде административного штрафа подлежит замене на предупреждение при наличии обстоятельств, предусмотренных частью 2 статьи 3.4 настоящего Кодекса, за исключением случаев, предусмотренных частью 2 настоящей статьи.

Согласно выписке из единого реестра субъектов малого и среднего предпринимательства от 09.11.2018 ИЭ9965-18-1629979 ИП Семченко А.А. является малым предприятием.

В силу части 2 статьи 3.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предупреждение устанавливается за впервые совершенные административные правонарушения при отсутствии причинения вреда или возникновения угрозы причинения вреда жизни и здоровью людей, объектам животного и растительного мира, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, безопасности государства, угрозы чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, а также при отсутствии имущественного ущерба.

ИП <...> впервые совершил нарушение рекламного законодательства, материалы, свидетельствующие о причинении имущественного ущерба либо вреда жизни и здоровью людей, отсутствуют.

С учетом изложенного, при наличии обстоятельств, установленных частью 2 статьи 3.4 настоящего Кодекса административное наказание ИП Семченко А.А. в виде административного штрафа, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях подлежит замене на предупреждение.

С учетом положений ч. 1 ст. 3.1 КоАП РФ, закрепившей цели административного наказания, предупреждение является официальным предостережением юридического лица от возможности совершения им противоправного действия.

Применение предупреждения влечет для нарушителя соответствующие правовые последствия. Лицо, которому назначено предупреждение, считается подвергнутым данному наказанию в течение одного года со дня окончания исполнения постановления о назначении предупреждения. Если в течение года такое лицо совершит новое административное правонарушение, то к нему может быть применено более строгое административное наказание.

Руководствуясь статьями 4.1.1., 4.1, 23.48, 29.9, 29.10, а также статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать индивидуального предпринимателя <...> виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.
2. В соответствии со статьей 4.1.1. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях объявить индивидуальному

предпринимателю <...> официальное порицание в форме предупреждения за нарушение требований части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

- 3 статьи 30.1. и частью 1 статьи 30.3. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрено, что постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в Арбитражный суд в течение 10 суток со дня вручения или получения копии постановления.

Согласно части 1 статьи 31.1. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях постановление по делу об административном правонарушении вступает в законную силу после истечения срока, установленного для обжалования постановления по делу об административном правонарушении, если указанное постановление не было обжаловано или опротестовано.

Постановление объявлено 20 декабря 2018 года в присутствии представителя ИП <...>.