

Комиссия Самарского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии — Ш. М.А.,

Члены Комиссии — М. И.А.,

С. Т.А,

рассмотрев дело №12776-17/8 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламы,

в присутствии представителей:

заявитель — отсутствует (дело возбуждено по собственной инициативе);

лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО «Элвес-Ф» заявлено ходатайство об отложении рассмотрения дела (вх.№3215-з от 04.05.2017г.), лицо уведомлялось о времени и месте рассмотрения дела надлежащим образом по юридическому адресу, что подтверждается отчетом об отслеживании отправления с почтовым идентификатором №44312308422427 с отметкой «получено адресатом 02.05.2017г.»;

лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – представитель ООО «Элком» по доверенности Одинцова Т.А., лицо уведомлялось о времени и месте рассмотрения дела надлежащим образом, что подтверждается отчетом об отслеживании отправления с почтовым идентификатором 44312308422441 с отметкой «получено адресатом 02.05.2017г.».

заинтересованное лицо – заместитель директора Государственное казенное учреждение Самарской области «Центр размещения рекламы» Л. Р.Б. на основании доверенности б/н от 02.09.2016г., представитель О. Е.А. на основании доверенности б/н от 11.04.2017г., лицо уведомлялось о времени и месте рассмотрения дела надлежащим образом, что подтверждается отчетом об отслеживании отправления с почтовым идентификатором 44312308422458 с отметкой «получено адресатом 28.04.2017г.»

заинтересованное лицо - гр. Ф. К.Г., лицо уведомлялось о времени и месте рассмотрения дела надлежащим образом по адресу места регистрации, что подтверждается отчетом об отслеживании отправления с почтовым идентификатором №44312308422434 с отметкой «неудачная попытка вручения 03.05.2017г.»;

эксперта – _____

переводчика – _____

УСТАНОВИЛА:

Самарским УФАС России при осуществлении государственной функции по контролю за соблюдением законодательства РФ о рекламе были выявлены два факта распространения рекламы компании «Элвес» на рекламных конструкциях по адресам: г. Самара, пересечение Московское шоссе и ул. Советской Армии (остановка Телецентр) напротив Храма в честь собора Самарских Святых, Московское шоссе, д.21 (ТЦ «Элвес») следующего содержания:

1. «Элвес. 22 года для Вас! От жары избавит, легко и быстро КОНДИЦИОНЕР ПОСТАВИТ! И если ты в теме, помни: С ЭЛВЕС НЕ ТОЛЬКО СЕКС КОМФОРТНЕЕ! Московское ш., номер телефона, Пр. Ленина, номер телефона», далее следует изображение девушки в позе журавля (бакасана), являющейся асаном (позой) йоги, кроме того девушка изображена в обнаженном виде, что подтверждается актом фиксации распространения рекламы;

2. «Элвес. 22 года для Вас! От жары избавит, легко и быстро КОНДИЦИОНЕР ПОСТАВИТ! И если ты в теме, помни: С ЭЛВЕС НЕ ТОЛЬКО СЕКС КОМФОРТНЕЕ! Московское ш., номер телефона, Пр. Ленина, номер телефона, далее следует изображение танцующих мужчины и женщины», распространяемую на рекламных конструкциях на территории г.о. Самара по следующему адресу: пересечение Московского шоссе и ул. Советская Армия (остановка Телецентр) напротив Храма в честь собора Самарских Святых, что подтверждается актом фиксации распространения рекламы.

Самарским УФАС России также был осуществлен осмотр сайта в сети Интернет (магазин рекламируемой техники «Элвес»), что подтверждается актом фиксации осмотра вышеуказанного сайта.

Согласно акту осмотра от 05.04.2017г. специалистами Самарского УФАС России было установлено, что хозяйственную деятельность под торговой маркой «Элвес» осуществляет ООО «ЭЛКОМ» (ИНН 6315006021), а также на страницах сайта, в разделах «Главная», «О компании», «Контактная информация» размещена информация, а также изображение фотоматериала, идентичного рекламной информации, распространяемой на рекламных щитах.

Кроме того, в разделе «Новости» размещена информация про акцию: «Сегодня при покупке любой сплит-системы до 4кВт монтаж с трассой 3м 3500р...Элвес. 22 года для Вас! От жары избавит, легко и быстро КОНДИЦИОНЕР ПОСТАВИТ! И если ты в теме, помни: С ЭЛВЕС НЕ ТОЛЬКО СЕКС КОМФОРТНЕЕ! », которая является объектом рекламирования в спорной рекламе, распространяемой на территории г.о. Самара.

Кроме того, в разделе «Новости» размещена также информация следующего содержания: « Сегодня исполняется 22 года компании Элвес!...».

В разделе «контактные данные» указаны номера телефонов климатического отдела: «номера телефонов» которые также содержатся в рассматриваемой рекламе.

Часть 1 статьи 5 ФЗ «О рекламе» предусматривает, что реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

В соответствии с пунктом 2 части 3 статьи 5 ФЗ «О рекламе» недостоверной признается реклама, которая содержит не соответствующие действительности сведения о любых характеристиках товара, в том числе о его природе, составе, способе и дате изготовления, назначении, потребительских свойствах, об условиях применения товара, о месте его происхождения, наличии сертификата соответствия или декларации о соответствии, знаков соответствия и знаков обращения на рынке, сроках службы, сроках годности товара.

В соответствии с частью 7 статьи 5 ФЗ «О рекламе» 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.

В соответствии с частью 6 статьи 5 ФЗ «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 (памятников истории и культуры) народов Российской Федерации, а также объектов культурного наследия, включенных в Список всемирного наследия. Исходя из данной нормы следует, что ФЗ «О рекламе» запрещает использовать в рекламе бранные слова, непристойные образы, сравнения, выражения, оскорбительные образы, сравнения, выражения.

В соответствии с частью 6 статьи 38 ФЗ «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных частями 3, 6, 7 статьи 5 настоящего закона.

На основании вышеизложенного, Самарским УФАС России 06.04.2017г. было возбуждено дело №12776-17/8 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении ООО «Элком», ООО «Элвес-Ф».

В ответ на Определение о возбуждении дела №12773-17/8 ГКУ «Центр размещения рекламы» представило письменные пояснения (исх.№573 от 17.04.2017./вх.№2710-з от 18.04.2017г.), согласно которым директор ГКУ «Центр размещения рекламы» поясняет, что ГКУ СО «ЦРР» согласно Закону Самарской области от 29.12.2014 № 134-ГД и Порядку осуществления демонтажа рекламных конструкций, установленных и (или) эксплуатируемых на территории Самарской области с нарушением требований

Федерального закона «О рекламе», утвержденному постановлением Правительства Самарской области от 16.02.2015 № 70 (далее - Порядок демонтажа), осуществляет выявление незаконных рекламных конструкций, установленных в границах автомобильных дорог областного значения на территории г.о. Самара, выдает предписания об их демонтаже и, при необходимости, принудительно демонтирует незаконные рекламные конструкции собственными силами.

Принятие мер в отношении рекламных конструкций, указанных в определении о возбуждении дела №12776-17/8 относится к компетенции государственного казенного учреждения Самарской области «Центр размещения рекламы» (далее - учреждение, ГКУ СО «ЦРР»).

Согласно представленному Администрацией г.о. Самара реестру действующих разрешений на территории г.о. Самара, выданных до 01.01.2015, разрешений по вышеуказанным адресам уполномоченным органом выдано не было.

Кроме того, в 2015г Министерством имущественных отношений Самарской области также не выдавалось разрешение на установку и эксплуатацию вышеуказанных рекламных конструкций. Следовательно, данные конструкции являются незаконными.

В рамках исполнения своих полномочий учреждением был заключен государственный контракт на демонтаж незаконных рекламных конструкций от 24.10.2016г. №32/2016, однако, данный контракт был расторгнут, по причине невозможности отсоединения подрядчиком кабеля, присоединенного к рекламной конструкции, от рядом стоящего здания по адресу: г. Самара, Московское шоссе, д.21.

Учреждением в адрес собственника здания, расположенного по вышеуказанному адресу, К.Г. Ф. было направлено обращение с просьбой организовать работы по освобождению конструкции от указанного кабеля. Однако, данное обращение осталось без ответа, а отсоединение кабеля от конструкции без содействия собственника здания могло создать угрозу жизни и здоровью третьих лиц.

Рекламная конструкция, расположенная по адресу: г. Самара, Московское шоссе – Советской Армии, была обнаружена в рамках осуществления мониторинга на предмет выявления рекламных конструкций, установленных без соответствующих разрешений на установку и эксплуатацию.

Согласно информации, представленной Администрацией г.о. Самара, в 2010 году ООО «ЭЛВЕС» (ИНН 6367651304) в лице директора Ф. К.Г. было выдано разрешение на установку и эксплуатацию указанной рекламной конструкции (разрешения от 02.08.2010 № 3149-щ). В 2015 году срок действия данного разрешения истек и не продлевался. В свою очередь, новое разрешение для эксплуатации указанной конструкции никому не выдавалось.

ООО «ЭЛВЕС» (ИНН 6367651304) согласно общедоступным сведениям о данном юридическом лице, размещенным на сайте ФНС России, было реорганизовано и прекратило свою деятельность 25.05.2016, при этом сведения о его правопреемниках и (или) о переходе прав на указанные

рекламные конструкции отсутствовали.

В связи с тем, что владелец указанных рекламных конструкций не был известен, а сами конструкции, расположенные на земельном участке, являющимся имуществом Самарской области, продолжали эксплуатироваться неизвестными лицами в отсутствие действующих разрешений, руководствуясь частью 10 статьи 19 Закона о рекламе, пунктами 3.3, 3.5 Порядка демонтажа, ГКУ СО «ЦРР» подготовило предписание о демонтаже для уполномоченного лица по форме согласно приложению № 3 к Порядку демонтажа и в ноябре 2016 года приступило к принудительному демонтажу указанных рекламных конструкций (силами учреждения).

В ответ на Определение о возбуждении дела №12776-17/8 ООО «Элком» представило письменные пояснения (исх.№40 от 17.04.2017г./вх.№2672-з от 17.04.2017г.), согласно которым директор Общества поясняет, что у Общества отсутствуют какие-либо права в отношении рекламных конструкций, которые были использованы для размещения наружной рекламы, указанной в определении. ООО «Элком» не заключало договоры на изготовление и распространение вышеуказанной рекламы. ООО «Элком» арендует некоторые рекламные площади на сайте, но реклама с информацией, указанной в определении, Обществом не размещалась.

ООО «Элвес-Ф» в своих письменных пояснениях (исх.б/н от 17.04.2017г./вх. №2674-з от 17.04.2017г.) пояснило, что не заключало договоры на изготовление и распространение рекламы, указанной в определении о возбуждении дела №12776-17/8, какие-либо права в отношении рекламных конструкций, на которых распространялась спорная реклама, отсутствуют. Кроме того, Обществом были выявлены случаи незаконного использования товарного знака третьими лицами. Номера телефонов, которые указаны в рекламе, зарегистрированы за ООО «Элвес-Ф», но данные телефонные номера могут использовать лица, которые арендуют помещения по адресам: г. Самара, Московское шоссе, пр.Ленина.

Таким образом, ООО «Элком», а также ООО «Элвес-Ф» отрицают факт причастности к распространению рассматриваемой антимонопольным органом рекламы с использованием товарного знака «Элвес».

Самарское УФАС России, изучив материалы дела в совокупности и взаимосвязи, а также выслушав представителей лиц, участвующих в деле, пришло к выводу о том, что **ООО «Элвес-Ф» является рекламодателем вышеуказанной рекламы**, то есть лицом, определившим объект рекламирования и содержание рекламы, что подтверждается следующими обстоятельствами:

1. Согласно пункту 1 статьи 3 Закона «О рекламе» **реклама** – это информация, распространённая 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.**

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона «О рекламе» **объект рекламирования** -

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.

Проанализировав содержание информации, распространенной на рекламных конструкциях на территории г.о. Самара по следующим адресам: г. Самара, пересечение Московского шоссе и ул. Советской Армии (остановка Телецентр) напротив Храма в честь собора Самарских Святых, Московское шоссе, (ТЦ «Элвес») установлено, что данная информация является рекламой, поскольку содержит все необходимые юридические признаки рекламы, позволяющие определить ее именно в этом качестве и отличить от информации нерекламного характера: адресована неопределенному кругу лиц, распространена в публичном месте, преследует строго заданные цели информирования, опубликование информации об услугах и товарах, реализуемых под товарным знаком «Элвес», формирует поддержание интереса к рекламируемому объекту (услуге) и его продвижению на рынке.

В рассматриваемой рекламной информации объектом рекламирования выступают услуги и товары, реализуемые под товарным знаком «Элвес».

Реклама по способу ее доведения свидетельствует о цели размещения - **привлечении внимания неопределенного круга лиц к услугам и товарам, реализуемым под товарным знаком «Элвес», а также к услуге, предлагаемой лицом, индивидуализируемым с помощью товарного знака «Элвес».**

Таким образом, указанная реклама ориентирована на неопределенный круг лиц, направлена на мотивацию потребителя рекламы на выбор услуги и товаров, реализуемых под товарным знаком «Элвес».

Реклама побуждает совершить определенные действия в отношении объекта рекламирования, а именно: вступить в конкретные правоотношения с лицами, предлагающими услуги на определенных рекламной условиях.

*2. В вышеуказанной рекламе используется **товарный знак «Элвес»**, который является объектом рекламирования и к которому привлекается внимание неопределенного круга лиц.*

В связи с данным обстоятельством, Самарским УФАС России был исследован товарный знак «Элвес», который также размещен на сайте.

Согласно общедоступным сведениям о товарных знаках, размещенным на сайте ФБГУ ФИПС, исключительное право на товарный знак «Элвес» №214150, зарегистрированный 07.06.2002г. и срок действия регистрации которого продлен до 01.03.2020г., принадлежало ООО «Элвес», которое являлось правообладателем, 10.12.2014г. были внесены изменения в запись государственной регистрации, а именно, по договору об отчуждении исключительных прав на товарный знак в отношении всех товаров и услуг ООО «Элвес» передало исключительное право ООО «Элвес-Ф».

Таким образом, в настоящее время **ООО «Элвес-Ф» является правообладателем товарного знака №214150 «Элвес».**

В соответствии с п. 1 ст. 1225 ГК РФ товарные знаки и знаки обслуживания являются результатами интеллектуальной деятельности и приравненными к ним средствами индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана (интеллектуальной собственностью).

Согласно ст. 1226 ГК РФ на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации признаются интеллектуальные права, в том числе и исключительное право.

Пункт 1 ст. 1477 ГК РФ также предусматривает, что на товарный знак, то есть на обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей, признается исключительное право, удостоверяемое свидетельством на товарный знак.

Согласно п. 2 ст. 1481 ГК РФ свидетельство на товарный знак удостоверяет приоритет товарного знака и само исключительное право на него в отношении товаров и услуг, указанных в свидетельстве.

В качестве товарного знака могут быть зарегистрированы словесные, изобразительные, объемные и другие обозначения или их комбинации. Товарный знак может быть зарегистрирован в любом цвете или цветовом сочетании.

ООО «Элвес-Ф» является правообладателем товарного знака №214150, о чем выдано свидетельство Роспатента с аналогичным номером.

В соответствии с п. 1 ст. 1229 ГК РФ юридическое лицо, обладающее исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (правообладатель), вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом.

Согласно ст. 1233 ГК РФ правообладатель может распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации любым не противоречащим закону и существу такого исключительного права способом, в том числе путем его отчуждения по договору другому лицу (договор об отчуждении исключительного права) или предоставления другому лицу права использования соответствующих результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации в установленных договором пределах (лицензионный договор).

Таким образом, правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением).

Согласно письменным и устным пояснениям директора ООО «Элвес-Ф» Ф. К.Г. установлено, что исключительные права на товарный знак третьим лицам Обществом не передавались.

В соответствии с Постановлением Пленума ВАС РФ №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» при анализе информации необходимо учитывать, что **размещение отдельных сведений, очевидно вызывающих у потребителя ассоциацию с определенным товаром, имеющее своей целью привлечения 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).**

Использование товарного знака, зарегистрированного за ООО «Элвес-Ф», направлено на привлечение потенциальных потребителей/клиентов. Товарный знак ООО «Элвес-Ф» широко известен и узнаваем у широкого круга потребителей. Высокая степень узнаваемости подтверждается, в том числе обращениями граждан, направленными в антимонопольный орган, согласно которым жители г.о. Самара просят провести проверку **в отношении организации, осуществляющей деятельность под коммерческим обозначением «Элвес»**, по факту распространения рекламы на территории г.о. Самара.

Основное предназначение товарного знака и (или) знака обслуживания - обеспечение потенциальному покупателю возможности отличить маркированный товар одного производителя среди аналогичных товаров другого производителя.

Таким образом, можно прийти к выводу, что потребители рекламы, изучив рекламный материал, определяют объектом рекламирования **организацию, обладающую правом на товарный знак «Элвес»**, то есть у потребителя возникает четкая ассоциация рекламируемого товара с конкретной организацией по товарному знаку.

3. Кроме того, в рекламном материале под изображением товарного знака «Элвес» указан **сайт в сети Интернет.**

Самарским УФАС России был осуществлен запрос информации в адрес ЗАО «Региональный сетевой информационный центр» (исх.№2384/8 от 24.03.2017г.) с целью установления лица, являющегося администратором доменного имени elves.ru. Согласно представленному ответу ЗАО «РСИЦ» (вх. №2614-з от 14.04.2017г.) установлено, что администратором домена второго уровня с 11.02.2015г. и по настоящее время является **ООО «Элвес-Ф»**, что подтверждается договором №2260117/NIC-D, оформленным путем акцепта публичной оферты 09-FEB-2015.

Самарским УФАС России осуществлен осмотр сайта в сети Интернет (магазин рекламируемой техники «Элвес»), что подтверждается актами фиксации осмотра вышеуказанного сайта от 24.03.2017г., а также от 05.04.2017г.

Согласно вышеуказанным актам осмотра от 24.03.2017г., 05.04.2017г. специалистами Самарского УФАС России было установлено, что рекламная информация, распространяемая на рекламных конструкциях на территории г.о. Самара и рассматриваемая антимонопольным органом на предмет соответствия нормам рекламного законодательства, также размещается на официальном сайте правообладателя товарного знака «Элвес», где также используется товарный знак «Элвес-Ф».

На осмотренных страницах сайта в разделах «Главная», «О компании», «Контактная информация» зафиксировано изображение фотоматериала, идентичного рекламной информации, распространяемой на рекламных щитах.

В разделе «О компании» содержится информация о юридическом лице - ООО «ЭЛКОМ» (ИНН 6315006021).

Однако, как ранее указывалось ООО «Элком» в своих письменных пояснениях не признало факт распространения подобного рода рекламы.

На рассмотрении дела 20.04.2017г. директор ООО «Элвес-Ф» пояснил, что наполнение сайта elves.ru осуществляет ООО «Элвес-Ф», права на вышеуказанный сайт не передавались третьим лицам и принадлежат также ООО «Элвес-Ф». Деятельность по реализации товаров и услуг под товарным знаком «Элвес» была организована более 20 лет назад и является широко узнаваемой среди потребителей, одним из основателей данной деятельности является гр. Ф. К.Г.

4. Кроме того, в разделе «контактные данные» указаны **номера телефонов климатического отдела: «номера телефонов»** которые также содержатся в рассматриваемой рекламе, а также **адреса магазинов, а именно, г. Самара, Московское шоссе, проспект Ленина.**

*На основании установленного факта, Самарским УФАС России были осуществлены запросы в адрес ПАО «Вымпел-Коммуникации» (исх. №2062/8 от 15.03.2017г.), а также ПАО «Ростелеком» (исх.№2061/8 от 15.03.2017г.), являющихся операторами связи, с целью получения информации о лице, с которым заключены договоры на оказание услуг связи по абонентским номерам «номера телефонов», указанным в рекламе. Согласно представленным ответам (вх.№2223-з от 31.03.2017г., вх.№842 от 29.03.2017г.) установлено, что **договоры по абонентским номерам номера телефонов заключены с ООО «Элвес-Ф»** и подписаны гр. Ф. К.Г., являющимся директором Общества.*

Согласно устным пояснениям директора ООО «Элвес-Ф» Ф. К.Г. на рассмотрении дела 20.04.2017г. был подтвержден факт принадлежности вышеуказанных номеров ООО «Элвес-Ф», заявлен довод о том что указанные абонентские номера находятся в пользовании у иных организаций.

Однако, в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 09.12.2014г. №1342 «О порядке оказания услуг телефонной связи» в обязанности абонента входит сообщать оператору связи о прекращении своего права владения и (или) пользования телефонизированным помещением.

Документов и сведений, подтверждающих, что ООО «Элвес-Ф» были переданы указанные выше номера телефонов в пользование третьим лицам, а также исполнена надлежащим образом обязанность об информировании операторов связи о такой передаче, в материалы дела не представлено.

5. Самарским УФАС России также была проведена проверка информации, касающейся адресов, указанных в рекламной информации, а так же на официальном сайте .

Самарским УФАС России осуществлен запрос информации в адрес управляющей компании дома № 14, расположенного по адресу: г. Самара, проспект Ленина. В ответ на указанный запрос ООО «ЖКС» представило документы, согласно которым **собственником нежилого помещения по адресу пр. Ленина, является гр. Ф. К.Г. (директор ООО «Элвес-Ф»)**. Арендатором является ООО «Элвес» (ИНН 6367651304), однако согласно сведениям из ЕГРЮЛ ООО «Элвес» прекратило свою деятельность 25.05.2016г.

Кроме того, осуществлен запрос в адрес Управления Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии по Самарской области (исх.№2565/8 от 30.03.2017г.) с целью получения выписки из ЕГРП на недвижимое имущество и сделок с ним для установления лица, являющегося владельцем здания – дома №21, расположенного на Московском шоссе (пересечение Московского шоссе и ул. Авроры). Однако, на момент рассмотрения дела ответ не представлен.

Запрашиваемые сведения в виде выписки из ЕГРП на недвижимое имущество и сделок с ним представлены ГКУ СО «Центр размещения рекламы» (вх.№2615-з от 14.04.2017г.), согласно которым установлено, что правообладателем нежилого здания (кадастровый номер <...> :01:0643001:259), расположенного по адресу г. Самара, Московское шоссе, является гр. Ф. К.Г. (директор ООО «Элвес-Ф»).

6 . В соответствии со ст. 4 Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. N 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности» аффилированными лицами признаются физические и юридические лица, способные оказать влияние на деятельность юридических и (или) физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, в т.ч. лица, которые имеют право распоряжаться более чем 20 процентами общего количества голосов, приходящихся на составляющие уставный капитал вклады данного юридического лица. Кроме того, аффилированными лицами юридического лица являются также лица, принадлежащие к той группе лиц, к которой принадлежит данное юридическое лицо, а следовательно, и лица,

имеющие право назначать единоличный исполнительный орган.

Из материалов дела №12745-17/8 Комиссией Самарского УФАС России установлено, что ООО «Элвес-Ф», ООО «Ленинград» и гр. Ф. К.Г. являются аффилированными лицами.

Органом управления ООО «Элвес-Ф» является директор — Ф. К.Г., который в соответствии с решением №2 является единственным участником ООО «Элвес-Ф» (выписка из ЕГРЮЛ от 23.03.2017г.), а также одним из учредителей ООО «Ленинград» с долей уставного капитала 50%.

Помимо этого, на вопрос Комиссии Самарского УФАС России и представителя ГКУ СО «ЦРР» директор ООО «Элвес-Ф» Ф. К.Г. пояснил, что участвовал в назначении единоличного исполнительного органа – действующего директора ООО «Ленинград».

Таким образом, Самарское УФАС России приходит к выводу, что ООО «Элвес-Ф», ООО «Ленинград», гр. Ф. К.Г., являются аффилированными лицами и заинтересованы в распространении рекламы на рекламной конструкции по адресу г. Самара, пересечение Московского шоссе и ул. Советской Армии (остановка Телецентр) в интересах ООО «Элвес-Ф» для привлечения внимания и увеличения потребительского спроса услуг и товаров, реализуемых под товарным знаком «Элвес».

Учитывая изложенное, исходя из совокупности элементов рекламного материала, можно прийти к выводу, что её смысловая нагрузка направлена на потребителя таким образом, что потребитель, изучая данную информацию, приходит к выводу, о том, что рекламируются услуги оказываемые правообладателем товарного знака «Элвес» и сама реклама направлена на привлечения внимания к товарам и услугам под товарным знаком «Элвес».

Согласно п.5 ст.3 ФЗ «О рекламе» рекламодатель – изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

Из данного определения видно, что статус лица, как рекламодателя не связан исключительно с наличием или отсутствием договорных отношений с рекламораспространителем или рекламопроизводителем. Данная позиция подтверждается судебной практикой дело №А19-542/10, дело №А55-12927/2015.

*Комиссия Самарского УФАС России, изучив материалы дела №12776-17/8, приходит к выводу о том, что именно ООО «Элвес-Ф» является **рекламодателем** указанной рекламы, то есть лицом, которое **определило объект рекламирования и содержание рекламы.***

В соответствии со ст. 3 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ "О рекламе" (далее - Закон о рекламе) под рекламой понимается 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.

Как следует из ч. 1 ст. 5 Закона о рекламе, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и

недостоверная реклама не допускаются.

Реклама является средством продвижения товаров, работ и услуг, а также самого изготовителя или продавца рекламируемого товара на определенном рынке. **Вместе с тем способ, форма и средства распространения соответствующей информации имеет существенное значение.**

Недостоверной считается не только заведомо ложная, активно провозглашаемая, но и умалчиваемая, имеющая существенное значение информация, а также та информация, которая вводит потребителей в заблуждение, создает иллюзорное мнение относительно рекламируемого товара, работ либо услуг.

Ненадлежащей рекламой согласно подпункту 4 статьи 3 Закона о рекламе является реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Часть 1 статьи 5 ФЗ «О рекламе» предусматривает, что реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

В соответствии с пунктом 2 части 3 статьи 5 ФЗ «О рекламе» недостоверной признается реклама, которая содержит не соответствующие действительности сведения о любых характеристиках товара, в том числе о его природе, составе, способе и дате изготовления, назначении, потребительских свойствах, об условиях применения товара, о месте его происхождения, наличии сертификата соответствия или декларации о соответствии, знаков соответствия и знаков обращения на рынке, сроках службы, сроках годности товара.

В соответствии с частью 7 статьи 5 ФЗ «О рекламе» 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.

Согласно содержанию рекламного материала Элвес осуществляет свою деятельность 22 года.

Однако, согласно общедоступным сведениям о товарных знаках, размещенных на сайте ФБГУ ФИПС, исключительное право на товарный знак «Элвес» №214150, зарегистрированный **07.06.2002г.** и срок действия регистрации которого продлен до 01.03.2020г., принадлежал ООО «Элвес», являющемуся правообладателем, 10.12.2014г. были внесены изменения в запись государственной регистрации, а именно, по договору об отчуждении исключительных прав на товарный знак в отношении всех товаров и услуг ООО «Элвес» передало исключительное право ООО «Элвес-Ф».

Сведения о передаче ООО «Элвес-Ф» исключительных прав на товарный знак третьим лицам отсутствуют.

Таким образом, в настоящее время ООО «Элвес-Ф» является

правообладателем товарного знака №214150 «Элвес».

Согласно выписке из единого государственного реестра юридических лиц датой постановки на учет в налоговом органе ООО «Элвес-Ф» является **17.04.2012г.**

При этом ООО «Элвес», согласно выписке из ЕГРЮЛ, прекратило свою деятельность **25.05.2016г.**

Таким образом, можно прийти к выводу, что ООО «Элвес-Ф» не осуществляет деятельность 22 года, кроме того товарный знак «Элвес» №214150 зарегистрирован меньше 20 лет назад, что также указывает на то, что сведения, указанные в рекламе, не соответствуют действительности.

Таким образом, сведения, указанные в рекламе, не соответствуют действительности в части указания срока (22 года) осуществления деятельности компанией «Элвес».

На основании вышеизложенного, Комиссия Самарского УФАС России приходит к выводу, что рассматриваемая реклама содержит нарушение нарушения пункта 2 части 3, части 7 статьи 5 ФЗ «О рекламе».

В силу 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.

В соответствии с Большим толковым словарем современного русского языка под ред. Д.Н. Ушакова для слов «непристойность», «оскорбить», «брань», раскрыто следующее лексическое значение: «непристойность» — крайне предосудительный, совершенно недопустимый по неприличию, бесстыдству; «оскорбить» — крайне унижить, обидеть, причинить моральный ущерб, боль кому-либо; «брань» - осуждающие, обидные слова, оскорбительные, грубые слова.

В «Современном толковом словаре русского языка» отмечено, что грубый это - «не соблюдающий этики человеческих или профессиональных отношений, невежливый»; «выражающий неуважение, пренебрежение к кому-либо, неучтивый, резкий»; «нарушающий элементарные правила чего-либо; непозволительный, недопустимый».

Согласно разъяснениям ФАС России №АД/17355 от 29.04.2013, часть 6 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» запрещает использовать в рекламе следующие виды информации: 1) бранные слова; 2) непристойные образы, сравнения, выражения; 3) оскорбительные образы, сравнения, выражения.

К бранным словам относятся нецензурные слова, а также к таким словам могут быть отнесены слова и выражения, которые используются в качестве ругательств или оскорбления.

К непристойным образам, сравнениям, выражениям могут быть отнесены такие слова и изображения, которые нарушают общепринятые модели и

принципы поведения в обществе с точки зрения морали и нравственности. К оскорбительным образам, сравнениям, выражениям - слова и изображения, которые, в том числе, ущемляют человеческое достоинство, понижают значимость отдельных лиц, исторических событий, памятных дат.

Комиссия Самарского УФАС России, изучив содержание рекламного материала в совокупности с имеющимися выражениями и изображениями в нем, а именно: «Элвес. 22 года для Вас! От жары избавит, легко и быстро КОНДИЦИОНЕР ПОСТАВИТ! И если ты в теме, помни: С ЭЛВЕС НЕ ТОЛЬКО СЕКС КОМФОРТНЕЕ! Московское ш., номер телефона, Пр. Ленина, номер телефона, далее следует изображение девушки в позе журавля (бакасана), являющейся асаном (позой) йоги, кроме того девушка изображена в обнаженном виде», приходит к следующим выводам:

Концепция рекламы заключается в том, чтобы показать преимущество рекламируемого товара населению, а именно, показать, что с товаром под товарным знаком «Элвес» комфортнее заниматься тем или иным делом, в том числе, как указано в рекламе «йогой». Подобного рода реклама направлена на привлечения большого количества клиентов, спроса, увеличения продаж.

Использование образа женщины в обнаженном виде, является неприемлемым и неэтичным. Подобная реклама противоречит морально-нравственным устоям общества и наносит непоправимый вред нравственному воспитанию, в том числе несовершеннолетних.

Женский образ используется как предмет в рекламе, то есть выступает вроде сопутствующего товара, как приложение к основному, призванному показать, что выводит потребителя далеко за рамки рекламируемого товара. В данном случае изображение обнаженной девушки никак не соотносится с предметом рекламного сообщения и имеет откровенно унижительный контекст.

Таким образом, по мнению Комиссии Самарского УФАС России, данная реклама является неприемлемой, так как по всем показателям и факторам содержит использование непристойных, оскорбительных образов, сравнений и выражений.

Вопрос отнесения изображений, слов и иных образов к оскорбительным носит субъективно-оценочный характер, который основан на восприятии данной информации каждым индивидуумом в отдельности. При этом очевидно, что восприятие одной и той же информации разными людьми может отличаться в зависимости от личностных характеристик субъекта (возраста, образования, воспитания, семейных устоев, места проживания и прочее).

Соответственно, возможна ситуация, когда одна и та же реклама оценивается неоднозначно с точки зрения ее этичности различными категориями населения. При этом для признания рекламы неэтичной не требуется получение единогласного мнения или мнения абсолютного большинства потребителей рекламы, достаточно установить наличие

значимого количества людей, воспринимающих рекламу как неэтичную.

Кроме того, Самарское УФАС России считает, что для оценки рекламы не требуется проведения каких-либо экспертиз специалистами, обладающими специальными познаниями, достаточно произвести оценку потребителями рекламы, что подтверждается судебной практикой (№ А43-24029/2011, №А57-8254/2013).

В данном деле оценка указанной рекламы потребителями выразилась в опросе членов Экспертного совета при Самарском УФАС России.

Доводы членов Экспертного совета при Самарском УФАС России, изложенные в ответах на запрос Самарского УФАС России и резюмированные в протоколе заочного голосования от 05.05.2017г.

Экспертный совет образован в целях рассмотрения вопросов, связанных с применением законодательства Российской Федерации о рекламе, а также выработки предложений по его совершенствованию. Он является консультативно-совещательным органом при Самарском УФАС России. В состав Экспертного совета входят специалисты антимонопольного органа, представители органов исполнительной власти Самарской области, телерадиокомпаний и профессиональные участники рекламного рынка, эксперты и специалисты в отдельных областях знаний (медицина, филология, журналистика и т.д.).

Персональный состав Экспертного совета по применению законодательства о рекламе при Самарском УФАС России утвержден приказом №332 от 12.11.2014г. руководителя Управления и обновляется по мере необходимости.

Большинство членов Экспертного совета, ответивших на запрос антимонопольного органа, пояснили, что данная реклама не соответствует законодательству Российской Федерации о рекламе, в части содержания в ней непристойных образов, сравнений, выражений.

Председатель Самарского Общественного комитета в защиту нравственности протоиерей З. А. в своем ответе (вх.№3236-з от 04.05.2017г.) на запрос Самарского УФАС России (исх.№3708/8 от 27.04.2017г.), пояснил, что реклама носит шокирующий характер, она вызывает неприятие, поскольку содержит непристойные и оскорбительные образы, противоречит традиционным нравственным ценностям и унижает человеческое достоинство. Изображение девушки в обнаженном виде, в непристойной позе, к тому же в сочетании с выделенными словами первой части фразы «Кондиционер поставит» выглядит двусмысленно. И это находит дальнейшее прямое подтверждение в следующей фразе: «С Элвес не только секс комфортнее!» По сути, рекламируется не товар – кондиционер, а порок, растленное поведение. Пропагандируется оскорбляющее человеческое достоинство утилитарное отношение к девушке, к человеческому телу исключительно как к предмету грубых плотских утех. Использование этой рекламы может привести к размыванию нравственных ценностей. В каждой

культуре есть особые «табу», присутствует естественное стремление избежать изображения интимных мест человеческого тела. В данном случае эти культурные запреты откровенно и сознательно нарушаются».

Директор ГТРК «Самара» К. Е.Л. в своем ответе (вх.№3189-з от 03.05.2017г.) также указала на то, что в рекламном баннере компании «Элвес» в качестве способа привлечения внимания к объекту рекламирования и поддержания к нему интереса использовано изображение обнаженной женщины, при этом данный образ носит непристойный и оскорбительный характер. Кроме того, наличие в рекламе фразы «С Элвес не только секс комфортнее» вводит потребителей рекламы в заблуждение относительно потребительских свойств поставляемых компанией «Элвес» кондиционеров, поскольку в данном случае объекты рекламирования наделяются качествами, которыми данные предметы не должны обладать, имея иную функциональную направленность, в связи с чем, изначально искажаются ожидания потребителей рекламы от объекта рекламирования.

Кроме того, в процессе рассмотрения дела в адрес антимонопольного органа поступило обращение гражданина, проживающего на территории г.о. Самара с жалобой на содержание рекламы компании «Элвес» с требованием провести проверку законности распространения подобного рода рекламы.

Оценка «этичности» дается отдельно каждым индивидуумом из-за разницы личного восприятия (в связи с различием в воспитании, образе жизни и мироощущении), однако именно в массовом сознании оскорбительный неприличный образ должен быть несовместим с моралью, мировоззрением, культурой или традициями.

Согласно Письму ФАС России от 29.04.2013 N АД/17355/13 "О порядке применения части 6 статьи 5 Закона о рекламе" к непристойным образам, сравнениям, выражениям могут быть отнесены такие слова и изображения, которые нарушают общепринятые нормы и принципы поведения в обществе с точки зрения морали и нравственности.

Мораль – это один из способов регулирования поведения людей в обществе. Она представляет собой систему принципов и норм, определяющих характер отношений между людьми в соответствии с принятыми в данном обществе понятиями о добре и зле, справедливом и несправедливом, достойном и недостойном. Соблюдение требований морали обеспечивается силой духовного воздействия, общественным мнением, внутренним убеждением, совестью человека.

Нравственность- совокупность норм, определяющих поведение человека.

Распространение подобного рода рекламы негативно влияет на подрастающее поколение в плане формирования морали и нравственных ценностей.

Кроме того, при решении вопроса о соответствии той или иной рекламной информации требованиям части 6 статьи 5 ФЗ «О рекламе» такую информацию следует оценивать в совокупности с обстоятельствами ее

размещения (например, место расположения рекламной конструкции с учетом близости к учреждениям культуры, объектам культа, кладбищам и т.п.).

Необходимо отметить, что указанная реклама размещалась в месте (дорога регионального значения в Самарской области – Московское шоссе, а также в непосредственной близости от Центрального автовокзала), которое характеризуется большой проходимость потока автомобилей и людей, что свидетельствует об увеличении её негативного влияния на мораль и нравственность жителей и гостей города Самара.

Таким образом, указанная реклама содержит нарушение части 6 статьи 5 ФЗ «О рекламе», в части использования непристойных образов, сравнений и выражений в отношении пола.

Комиссией Самарского УФАС России в процессе рассмотрения дела было установлено, что рекламные конструкции, на которых распространялась спорная реклама, являются незаконными, так как установлены и эксплуатируются без соответствующего разрешения государственного органа.

В соответствии с частью 1 статьи 19 ФЗ «О рекламе» распространение наружной рекламы с использованием щитов, стендов, строительных сеток, перетяжек, электронных табло, проекционного и иного предназначенного для проекции рекламы на любые поверхности оборудования, воздушных шаров, аэростатов и иных технических средств стабильного территориального размещения (далее - рекламные конструкции), монтируемых и располагаемых на внешних стенах, крышах и иных конструктивных элементах зданий, строений, сооружений или вне их, а также остановочных пунктов движения общественного транспорта осуществляется владельцем рекламной конструкции, являющимся рекламораспространителем, с соблюдением требований настоящей статьи. Владелец рекламной конструкции (физическое или юридическое лицо) - собственник рекламной конструкции либо иное лицо, обладающее вещным правом на рекламную конструкцию или правом владения и пользования рекламной конструкцией на основании договора с ее собственником.

В связи с вышеизложенным, рекламная конструкция является рекламной и относится к объектам наружной рекламы.

В соответствии с частью 9 статьи 19 ФЗ «О рекламе» установка и эксплуатация рекламной конструкции допускаются при наличии разрешения на установку и эксплуатацию рекламной конструкции (далее также - разрешение), выдаваемого на основании заявления собственника или иного указанного в [частях 5, 6, 7](#) настоящей статьи законного владельца соответствующего недвижимого имущества либо владельца рекламной конструкции органом местного самоуправления муниципального района или

органом местного самоуправления городского округа, на территориях которых предполагается осуществлять установку и эксплуатацию рекламной конструкции.

Согласно материалам дела, а именно, ответам ГКУ СО «ЦРР» разрешение на установку и эксплуатацию указанной выше рекламной конструкции не выдавалось.

Таким образом, указанная реклама содержит нарушения части 9 статьи 19 ФЗ «О рекламе».

В связи с отсутствием разрешения на установку и эксплуатацию рекламных конструкций и сведений о владельце рекламных конструкций Комиссией Самарского УФАС России принято решения о выдаче предписания уполномоченному органу - ГКУ СО «ЦРР» устранить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе.

Таким образом, реклама компании «Элвес» следующего содержания:

- «Элвес. 22 года для Вас! От жары избавит, легко и быстро КОНДИЦИОНЕР ПОСТАВИТ! И если ты в теме, помни: С ЭЛВЕС НЕ ТОЛЬКО СЕКС КОМФОРТНЕЕ! Московское ш., номер телефона, Пр. Ленина, номер телефона», далее следует изображение девушки в позе журавля (бакасана), являющейся асаном (позой) йоги, кроме того девушка изображена в обнаженном виде, распространенную на рекламных конструкциях на территории г.о. Самара по следующему адресу: Московское шоссе, д.21 (ТЦ «Элвес») содержит признаки нарушения норм рекламного законодательства, а именно пункта 2 части 3 статьи 5, части 6 статьи 5, части 7 статьи 5, части 9 статьи 19 ФЗ «О рекламе».

- «Элвес. 22 года для Вас! От жары избавит, легко и быстро КОНДИЦИОНЕР ПОСТАВИТ! И если ты в теме, помни: С ЭЛВЕС НЕ ТОЛЬКО СЕКС КОМФОРТНЕЕ! Московское ш., номер телефона, Пр. Ленина, номер телефона, далее следует изображение танцующих мужчины и женщины», распространенную на рекламных конструкциях на территории г.о. Самара по следующему адресу: пересечение Московского шоссе и ул. Советская Армия (остановка Телецентр) напротив Храма в честь собора Самарских Святых содержит признаки нарушения норм рекламного законодательства, а именно пункта 2 части 3 статьи 5, части 7 статьи 5, части 9 статьи 19 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 6 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение частей 3, 6, 7 статьи 5 указанного закона несет рекламодатель.

Комиссия Самарского УФАС России установила, что данная реклама в настоящее время не распространяется, в связи с данным обстоятельством приняла решение предписание об устранении нарушения законодательства о рекламе ООО «Элвес-Ф» не выдавать.

На основании вышеизложенного и руководствуясь частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37-42 Правил

рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу компании «Элвес» следующего содержания:

- «Элвес. 22 года для Вас! От жары избавит, легко и быстро КОНДИЦИОНЕР ПОСТАВИТ! И если ты в теме, помни: С ЭЛВЕС НЕ ТОЛЬКО СЕКС КОМФОРТНЕЕ! Московское ш., номер телефона, Пр. Ленина, номер телефона, далее следует изображение девушки в позе журавля (бакасана), являющейся асаном (позой) йоги, кроме того девушка изображена в обнаженном виде, распространенную на рекламных конструкциях на территории г.о. Самара по следующему адресу: Московское шоссе, д.21 (ТЦ «Элвес»), поскольку она содержит нарушения норм рекламного законодательства, а именно пункта 2 части 3 статьи 5, части 6 статьи 5, части 7 статьи 5, части 9 статьи 19 ФЗ «О рекламе».

- «Элвес. 22 года для Вас! От жары избавит, легко и быстро КОНДИЦИОНЕР ПОСТАВИТ! И если ты в теме, помни: С ЭЛВЕС НЕ ТОЛЬКО СЕКС КОМФОРТНЕЕ! Московское ш., номер телефона, Пр. Ленина, номер телефона, далее следует изображение танцующих мужчины и женщины», распространенную на рекламных конструкциях на территории г.о. Самара по следующему адресу: пересечение Московского шоссе и ул. Советская Армия (остановка Телецентр) напротив Храма в честь собора Самарских Святых, поскольку она содержит нарушения норм рекламного законодательства, а именно пункта 2 части 3 статьи 5, части 7 статьи 5, части 9 статьи 19 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать Государственному казенному учреждению Самарской области «Центр размещения рекламы» предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Самарского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Резолютивная часть решения оглашена 05 мая 2017г.

Решение изготовлено в полном объеме 23 мая 2017г.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

М.А. Ш.

Члены Комиссии

И.А. М.

Т.А. С.