

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

О ВОЗБУЖДЕНИИ ДЕЛА № 025/04/14.3-1715/2023

ОБ АДМИНИСТРАТИВНОМ ПРАВОНАРУШЕНИИ И ПРОВЕДЕНИИ

АДМИНИСТРАТИВНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

8 февраля 2024 года г. Владивосток

Я, ведущий специалист - эксперт отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции Управления Федеральной антимонопольной службы по Приморскому краю <...>., рассмотрев материалы заявления и материалы дела № 025/05/5-75/2023 по признакам нарушения требований Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В соответствии с частью 1 статьи 33 ФЗ «О рекламе», антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий федеральный государственный контроль (надзор) в сфере рекламы, возбуждает и рассматривает дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

13.04.2023 по результатам рассмотрения дела № 025/05/5-75/2023 Комиссия Приморского УФАС России по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее - Комиссия), признала ненадлежащей рекламу, нарушающей требования пункта 4 части 2 статьи 5 ФЗ « О рекламе».

При рассмотрении дела № 025/05/5-75/2023 Комиссией установлены следующие обстоятельства.

13.10.2022 в Приморское УФАС России поступило заявление ООО «Славда-трейд» (вх. № 7091/22) (далее также – Заявитель) относительно недобросовестных действий со стороны ИП Дегтярева Л.А.

Из представленных сведений Заявителем установлено, что ИП Дегтярева Л.А. осуществляет деятельность по доставке воды питьевой под маркой

«Давыдовский ключ».

При осуществлении деятельности при размещении рекламы в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» в поисковой системе «Яндекс» предприниматель, по мнению Заявителя, использует ключевые слова «slavda», «славда» и т. д.

Приморским УФАС России был направлен запрос ООО «Яндекс» с целью установления ключевых слов используемых при размещении рекламы.

ООО «Яндекс» сообщило, что в сервисе «Яндекс.Директ» при поисковом запросе при размещении рекламы использовались следующие ключевые слова: «slavda доставка воды».

В соответствии с частью 1 статьи 33 ФЗ «О рекламе», антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий федеральный государственный контроль (надзор) за соблюдением законодательства Российской Федерации в сфере рекламы, возбуждает и рассматривает дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 ФЗ «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.

Из пункта 2 статьи 3 ФЗ «О рекламе» следует, что 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 ФЗ «О рекламе» товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

В соответствии с пунктом 4 части 2 статьи 5 ФЗ «О рекламе», недобросовестной признается реклама, которая является актом недобросовестной конкуренции в соответствии с антимонопольным законодательством.

В соответствии с пунктом 9 статьи 4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – ФЗ «О защите конкуренции»)

недобросовестная конкуренция - любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

Действия по использованию слова «slavda» в качестве ключевого слова в рекламе, не может быть рассмотрено, как добросовестное действие хозяйствующего субъекта-конкурента.

По результатам рассмотрения заявления Приморским УФАС России возбуждено производство по делу № 025/05/5-75/2023 по признакам нарушения пункта 4 части 2 статьи 5 ФЗ «О рекламе».

02.02.2023 в Приморское УФАС России поступили письменные пояснения (вх. № 943-ЭП от 02.02.2023) от представителя Дегтяревой Л.А., из которых следует, что предприниматель не согласен с вменяемым нарушением.

По мнению Ответчика, ключевые слова не являются частью рекламы, а являются условием показа рекламных объявлений потребителям. Ключевое слово, по мнению Ответчика и ООО «Яндекс», не обладает индивидуализирующей способностью в отношении конкретного рекламного объявления, так как на основании ключевого слова невозможно выделить конкурентное объявление из всех существующих, при этом потребителю неизвестны настройки заданных результатов поиска.

Кроме того, по мнению Ответчика, дополнительным основанием отсутствия нарушения является тот факт, что при размещении рекламы в сервисе «Яндекс. Директ» используется «Автотаргетинг» т.е. показ объявлений на основе автоматического подбора запросов на поиске.

По мнению Ответчика, у него отсутствовала возможность повлиять на выбор ключевых слов предложенных к показу потребителям товара по подобранным ключевым словам. Подборка таких слов является автоматической.

Кроме того, ИП Дегтяревой Л.А. для сопровождения рекламных объявлений был заключен договор с ИП Скворцовым Д.Ю., что подтверждает то обстоятельство, что ИП Дегтярева Л.А. не занималась размещением и настройкой рекламы, не выбирала и не указывала ключевые слова и иные критерии для размещения рекламы.

Таким образом, по мнению Ответчика, подателем жалобы не доказан факт использования ИП Дегтяревой Л.А. его исключительных прав на товарный знак в отношении однородных услуг, поскольку ключевое слово не обладает индивидуализирующей способностью в отношении конкретного рекламного объявления, потребитель не может видеть и знать какие ключевые слова используются при размещении рекламы, а также, в частности, не доказано, что расположение ключевых слов сервисом «Яндекс.Директ» в рекламных объявлениях поисковых систем «Яндекс» зависело в данном случае от действий ИП Дегтяревой Л.А.

Комиссия отмечает, что реклама размещалась в интересах Ответчика, где предприниматель является рекламодателем и рекламопроизводителем.

Также 13.04.2023 в Приморское УФАС России поступили дополнительные возражения по делу (вх. № 3636-ЭП от 13.04.2023) от представителя Дегтяревой Л.А., из которых следует, что предприниматель не согласен с вменяемым нарушением, а также отмечает тот факт, что Заявителем не предоставлено доказательств получения преимущества от совершения действий, рассматриваемых в настоящем деле, а также не указан размер понесенных убытков.

Указанные обстоятельства, по мнению Ответчика, свидетельствуют об отсутствии вменяемого нарушения ФЗ «О рекламе», в связи с чем, производство по делу просит прекратить.

Заявителем по делу также было представлено «Дополнение к Заявлению о нарушении антимонопольного законодательства» в которых содержится свидетельство на товарный знак «slavda», справка-подтверждение расходов на рекламу ООО «Славда-трэйд», а также была изложена следующая позиция.

По мнению Заявителя, при запуске автотаргетинга, если рекламодатель не внес в список «минусов-слов» бренды конкурентов, то реклама на поиске может показываться под чужим брендовым запросом, что и произошло в рассматриваемом случае. Убирать ключевое слово из предлагаемого критерия показа рекламных сообщений или нет решает рекламодатель.

Кроме того, использование бренда конкурента, если конкурент предлагает аналогичные товары или услуги, о которых знают пользователи и ищут на поиске, позволяет рекламодателю привести аудиторию на свой сайт, с аналогичными товарами и услугами, тем самым, уводя потенциальных клиентов организации, и как следствие, происходит введение в заблуждение клиента, относительно товаров и услуг.

Помимо прочего, ключевое слово для поиска было выбрано, не любое, а именно, использовалось слово, зарегистрированное в установленном законом порядке, принадлежащее правообладателю (товарный знак Slavda/Славда).

Согласно статьи 14.8 ФЗ «О защите конкуренции» не допускаются иные формы недобросовестной конкуренции наряду с предусмотренными [статьями 14.1 - 14.7](#) Федерального закона.

Ознакомившись с позициями сторон, Комиссия Приморского УФАС России находит доводы Заявителя обоснованными ввиду следующего.

Под недобросовестной конкуренцией понимаются и действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента и тем самым ввести потребителя в заблуждение ([ст. 10.bis](#) Конвенции по охране промышленной собственности (заключена в Париже 20.03.1883), [ст. 14.6](#) ФЗ «О защите конкуренции»).

Контекстная реклама - тип рекламы, которая размещается в сети Интернет, позволяет перейти по гиперссылке на сайт рекламодателя и показывается потребителю (пользователю) в зависимости от контекста поисковых запросов, просматриваемого содержимого и т.п., то есть подстраивается под интересы пользователя-потребителя. При этом используются ключевые слова - наиболее распространенные на практике среди потребителей при поиске информации слова, обозначающие определенную сферу (тему) интереса, товар, услугу и т.п. Ключевые слова определяют контекст, в котором будет показываться реклама.

Согласно позиции Верховного Суд РФ, использование рекламодателем при размещении контекстной рекламы в сети Интернет в качестве критерия для показа рекламного объявления ключевых слов (словосочетаний), тождественных или сходных до степени смешения с принадлежащим другому лицу средством индивидуализации, с учетом цели такого использования может быть признано актом недобросовестной конкуренции ([п. 172](#) Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

Таким образом, использование в контекстной рекламе ключевых слов, содержащих упоминание чужих товарных знаков, может считаться нарушением тогда, когда используется недобросовестно, вводит потребителя в заблуждение относительно деятельности рекламодателя и правообладателя чужого товарного знака и является актом

недобросовестной конкуренции.

В материалах дела содержатся скриншоты из личного кабинета пользователя сервиса «Яндекс.Директ», согласно которым, Пользователь осуществляющий размещение соответствующей рекламы может влиять на список ключевых слов для отображения соответствующей рекламы путем добавления и удаления таких ключевых слов, ввиду чего, доводы Заявителя по данному обстоятельству Комиссия находит подтвержденными и обоснованными.

Согласно пояснениям, полученным от ООО «Яндекс», при поисковом запросе при размещении ИП Дегтяревой Л.А. рекламы, использовались ключевые слова: «slavda доставка воды».

При этом Комиссия отмечает, что использование словосочетания «доставка воды» не может являться недобросовестным действием при размещении контекстной рекламы, поскольку указывает на товар без индивидуализирующих признаков.

Однако, использование ключевого слова «slavda» в данном случае не может быть рассмотрено как добросовестное, поскольку имеет свойство индивидуализации товара.

По мнению Комиссии, в рассматриваемом случае, использование слова «slavda»/«славда» не может быть обоснованно примененным в размещении контекстной рекламы, поскольку ИП Дегтярева Л.А. не оказывает услуги по доставке продукции, произведенной под торговым знаком «slavda»/«славда», и не связано с какой-либо иной деятельностью по производству или продаже продукции торговой марки «slavda».

Согласно представленной статистике ООО «Славда-трэйд», количество показов в месяц по ключевым словам «славда доставка»:

«славда доставка» - 2 164;

«славда доставка воды» – 1952;

«славда доставка владивосток» - 1323;

«славда доставка воды владивосток» - 1289;

ООО «Славда-трэйд» также представило сведения подтверждающие затраты организации на продвижение продукции и рекламу в размере 46 165 244,44руб.

Согласно представленной статистике ООО «Славда-ТРЭЙД», количество показов в месяц по ключевым словам «давыдовский ключ»:

«ДАВЫДОВСКИЙ КЛЮЧ» - 582;

«ДАВЫДОВСКИЙ КЛЮЧ ВЛАДИВОСТОК» - 333;

«ДАВЫДОВСКИЙ КЛЮЧ ВОДА» - 287;

«ДАВЫДОВСКИЙ КЛЮЧ ВОДА ВЛАДИВОСТОК» - 245.

По мнению Комиссии, часть потребителей, нуждаясь в доставке питьевой воды, делают запрос на доставку продукции, исходя не из качественных характеристик товара, а исключительно, основываясь на известности и ассоциации той или иной марки продукции с группой товаров, в связи с чем, компании проводят дорогостоящие рекламные кампании с целью достижения положительной ассоциации своей продукции с товаром.

Согласно представленной статистике и сведениям о затратах на продвижение продукции «slavda», указанная торговая марка имеет большее распространение на территории города Владивостока в сравнении с торговой маркой «давыдовский ключ».

Таким образом, действия ИП Дегтяревой Л.А. по включению в ключевые слова наименования «slavda» повлекли использование деловой репутации ООО «Славда-трейд» и могли привести к перераспределению товарного спроса на рынке доставки воды в г. Владивостоке.

Довод Ответчика относительно того, что ИП Дегтярева Л.А. не занималась размещением рекламы лично, а заключила соответствующий договор на сопровождение рекламы с ИП Скворцовым Д.Ю., ввиду чего не может нести ответственность за нарушение законодательства о рекламе комиссия отклоняет. Руководитель организации (в данном случае ИП Дегтярева Л.А.) несет ответственность за всю деятельность, которую осуществляет предприятие, в том числе по продвижению товара на рынке. ИП Дегтярева Л.А. имела возможность повлиять на действия при размещении указанной рекламы, а также осуществить контроль за соблюдением действующего законодательства при размещении указанной рекламы.

Учитывая изложенное, изучив документы, имеющиеся в материалах дела, Комиссия пришла к выводу, что при осуществлении деятельности при размещении рекламы в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» в поисковой системе «Яндекс» ИП Дегтяревой Л.А., использовались ключевые слова «slavda»/«славда», позволившие индивидуальному предпринимателю воспользоваться деловой

репутацией ООО «Славда-трэйд» на рынке доставки питьевой воды, что могло повлечь к перераспределению товарного спроса на соответствующем рынке, что, в свою очередь, могло привести к нарушению прав Заявителя по настоящему делу, что является нарушением п. 4 ч. 2 ст. 5 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частями 6, 7, 8 статьи 38 ФЗ «О рекламе», ответственность за нарушение требований пункта 4 части 2 статьи 5 возложена на рекламораспространителя.

В рассматриваемом случае рекламораспространителем является индивидуальный предприниматель Дегтярева Л.А.

Согласно части 4 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение рекламоделателями, рекламопроизводителями, рекламораспространителями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) нарушение рекламоделателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Таким образом, в действиях ИП Дегтяревой Л.А., как рекламораспространителя, следствием которого явилось распространение рекламы с нарушением требований пункта 4 части 2 статьи 5 ФЗ «О рекламе», усматривается состав административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Указанные материалы и данные являются достаточными для возбуждения дела.

В целях установления обстоятельств, повлекших административное правонарушение и привлечения виновных лиц к ответственности, руководствуясь статьей 28.1, пунктом 62 статьи 28.3, статьей 28.7 КоАП РФ,

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Возбудить в отношении индивидуального предпринимателя Дегтяревой Л.А.<...> дело № 025/04/14.3-1715/2023 об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, выразившемся в распространении ненадлежащей рекламы.

2. Провести административное расследование.

3. В соответствии со статьей 26.10 КоАП РФ индивидуальному предпринимателю Дегтяревой Л.А. надлежит в трехдневный срок со дня получения настоящего определения представить в Приморское УФАС России:

- письменные объяснения по факту распространения рекламы указанной в определении.

4. Индивидуальному предпринимателю Дегтяревой Л.А. либо иному уполномоченному лицу с надлежаще оформленной доверенностью на участие в производстве по делу № 025/04/14.3-1715/2023 (при себе иметь паспорт), **явиться в 14 часов 45 минут 04.03.2024** по адресу: ул. 1-я Морская, д. 4, каб. 442, г. Владивосток, (тел. (423)241-20-61) для составления и подписания протокола об административном правонарушении.

В соответствии с частью 4.1 статьи 28.2 КоАП РФ в случае неявки надлежащим образом извещённого о месте и времени рассмотрения дела физического лица, или законного представителя физического лица, законного представителя или защитника юридического лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, протокол об административном правонарушении составляется в его отсутствие.

Разъясняю, что в соответствии с частью 1 статьи 25.1 КоАП РФ лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами в соответствии с КоАП РФ.

В соответствии с частью 4 статьи 25.5 КоАП РФ защитник допускается к участию в производстве по делу об административном правонарушении с момента возбуждения дела об административном правонарушении.

В случае невозможности обеспечения явки возможно заявление ходатайства о составлении и подписании протокола, а так же

рассмотрении дела в отсутствие представителя.

Ведущий специалист-эксперт отдела

контроля рекламы

и недобросовестной конкуренции <...>