

1) ЗАО «ПКФ Центр моды
«Медстильсервис»

127566, г. Москва,
Алтуфьевское ш., дом 48, корпус 2

2) ИП Кутис Е.С.

127349, г. Москва,
(....)

127018, г. Москва,
ул. Советской Армии, д. 7

119072, г. Москва,
Болотная набережная, д. 7, стр. 3

3) ООО «Ферт»

127220, г. Москва,
1-ая Квесисская, 18, офис 212

127349, г. Москва,
Алтуфьевское шоссе, 96-99

4) ООО «Яндекс»

119021, г. Москва,
ул. Льва Толстого, 16

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «20» марта 2014 г.
В полном объеме решение изготовлено «03» апреля 2014 г.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе (далее — Комиссия Московского УФАС России) в составе:

председателя Комиссии –(....),
членов Комиссии –(....), (....), (....),
рассмотрев дело № 3-5-3/77-14 в отношении ИП Кутис Е.С., ООО «Ферт» по признакам нарушения пункта 7 части 3 статьи 5 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе),
в присутствии представителя ЗАО «ПКФ Центр моды «Медстильсервис» в лице А.Б. Буеракова (по доверенности),
в отсутствие ИП Кутис Е.С. (уведомлена надлежащим образом),
в присутствии законного представителя ООО «Ферт» — Шукаловой Е.В. (генеральный директор), представителя — в лице Л.Н. Рябченко (по доверенности),
в присутствии представителя ООО «Яндекс» в лице С.А. Кучушева (по доверенности),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-5-3/77-14 возбуждено Московским УФАС России 03.07.2013 по факту обращения ЗАО «ПКФ Центр моды «Медстильсервис» в части использования товарных знаков «модный доктор» по свидетельствам № 207730 и № 213681 при размещении рекламы «А вы Модный доктор?; Большой выбор американской медодежды в Москве. Online-заказ. Доставка; 4doctors.ru» в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, в том числе, 05.03.2013 в поисковой системе Yandex.ru («Яндекс.Директ»).

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, выслушав доводы представителей сторон по делу, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, исследовав материалы дела, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссией Московского УФАС России установлено следующее.

ЗАО «ПКФ Центр моды «Медстильсервис» в поисковой системе Yandex.ru («Яндекс.Директ») выявлена реклама следующего содержания: «А вы Модный доктор?; Большой выбор американской медодежды в Москве. Online-заказ. Доставка; 4doctors.ru», о чем составлен нотариальный протокол осмотра от 05.03.2013.

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.

Согласно пункту 2 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» размещение отдельных сведений, очевидно вызывающих у потребителя ассоциацию с определенным товаром, имеющее своей целью привлечение 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).

Реклама «А вы Модный доктор?; Большой выбор американской медодежды в Москве. Online-заказ. Доставка; 4doctors.ru» содержит информацию о товаре, сведения о назначении товара и возможности его приобретения, адрес сайта рекламодателя в информационно-телекоммуникационной сети Интернет.

Указанная информация в полной мере отвечает определению рекламы в понимании Закона о рекламе, содержит объект рекламирования и товарный знак заявителя, что не оспаривается сторонами по делу.

Факт распространения рекламы подтверждается нотариальным протоколом осмотра от 05.03.2013. В соответствии с пояснениями ООО «Яндекс», распространение рекламы на момент предоставления информации не прекращено, иные сведения в материалах дела отсутствуют.

На основании изложенного, Комиссией Московского УФАС России установлен факт распространения рекламы «А вы Модный доктор?; Большой выбор американской медодежды в Москве. Online-заказ. Доставка; 4doctors.ru» в поисковой системе Yandex.ru («Яндекс.Директ»), в том числе 05.03.2013.

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

Учитывая то, что рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителя, а также то, что рассматриваемая реклама распространялась в системе ООО «Яндекс» («Яндекс.Директ») на основании договорных отношений, Комиссией Московского УФАС России установлено, что ООО «Яндекс» является распространителем 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.

В соответствии с пунктом 6 статьи 3 Закона о рекламе рекламопроизводителем является лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму.

20.08.2013 ООО «Яндекс» в адрес Московского УФАС России представлена информация, в соответствии с которым размещение рассматриваемой рекламы осуществлялось ООО «Ферт» на основании Договора комиссии № 12697/10 от 01.03.2013. При размещении рекламы ООО «Ферт» был выбран ряд ключевых слов (для показа рекламного объявления): словосочетание «модный доктор», а также 6 словосочетаний, включающих в себе слова «модный доктор». Факт размещения рассматриваемой рекламы ООО «Ферт» не отрицается.

ООО «Ферт» представлена информация о заключении Обществом Договора на оказание услуг № 0712АЕ от 07.12.2012 с ИП Кутис Е.С. ИП Кутис Е.С. также является администратором домена 4doctors.ru.

Согласно положениям договора № 0712АЕ от 07.12.2012, ООО «Ферт» самостоятельно осуществило разработку и реализацию рекламно-информационной компании, в том числе, содержания рекламы. Между тем, согласно пункту 2.1.3 Договора № 0712АЕ от 07.12.2012 такое содержание, должно быть согласовано ООО «Ферт» с ИП Кутис Е.С.

Также, ООО «Ферт» в материалы дела представлена переписка, в соответствии с которой содержание рекламы было определено ООО «Ферт» и ИП Кутис Е.С. совместно.

Общество с ограниченной ответственностью «Ферт» является юридическим лицом, включено в Единый государственный реестр юридических лиц Межрайонной ИФНС России № 46 по г. Москве 28.09.2010 за основным государственным регистрационным номером 5067746544828, ИНН 7715615968. Юридический адрес: 127349, г. Москва, Алтуфьевское шоссе, 96, 99; фактический адрес: 127220, г. Москва, 1-ая Квесисская, 18, офис 212.

Индивидуальный предприниматель Кутис Елизавета Сергеевна осуществляет предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, ИНН 7715615968, адрес регистрации: 127349, г. Москва, (...); почтовый адрес: 127018, г. Москва, ул. Советской Армии, д. 7; фактический адрес: 119072, г. Москва, Болотная набережная, д. 7, стр. 3

Резюмируя изложенное, ИП Кутис Е.С. являются рекламодателем рекламы «А вы Модный доктор?; Большой выбор американской медедежды в Москве. Online-заказ. Доставка; 4doctors.ru» в поисковой системе Yandex.ru («Яндекс.Директ»).

В тоже время, установлено, что ООО «Ферт» является лицом, осуществившим приведение информации в готовую для распространения в системе ООО «Яндекс» («Яндекс.Директ») в виде рекламы форму. ООО «Ферт» не является лицом, определившим объект рекламирования, не производит и не

реализует одежду, в том числе медицинского назначения, не является владельцем или администратором домена 4doctors.ru. Таким образом, ООО «Ферт» является рекламопроизводителем рекламы «А вы Модный доктор?; Большой выбор американской медодежды в Москве. Online-заказ. Доставка; 4doctors.ru» в поисковой системе Yandex.ru («Яндекс.Директ»).

В соответствии с пунктом 7 части 3 статьи 5 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.

Отсутствие разрешения правообладателя на использование товарного знака, индивидуализирующего товар, само по себе не влечет признания недостоверной рекламы услуг, оказываемых в отношении этого товара, если потребитель воспринимает такую рекламу как рекламу независимого услугодателя.

Комиссия Московского УФАС России, определяя обстоятельства использования в рассматриваемой рекламе средств индивидуализации товаров, принадлежащих ЗАО «ПКФ Центр моды «Медстильсервис», исходит из следующих обстоятельств.

ЗАО «ПКФ Центр моды «Медстильсервис» зарегистрировано 12.05.21997 и является правообладателем словесного товарного знака «модный доктор» согласно свидетельству № 207730 от 04.01.2002 (25 класс МКТУ — одежда, обувь, головные уборы; 42 класс МКТУ — реализация товаров, информация о состоянии и развитии моды и т. п.), а также словесного товарного знака «модный доктор» согласно свидетельству № 213681 от 31.05.2002 (в том числе, 35 класс МКТУ — реклама).

ЗАО «ПКФ Центр моды «Медстильсервис» реализует специализированную медицинскую одежду с использованием товарных знаков «модный доктор» по свидетельствам № 207730, № 213681, что подтверждается письменными пояснениями заявителя, а также представленными в материалы дела № 3-5-3/77-14 документами и материалами.

В соответствии с подпунктами 4, 5 пункта 2 статьи 1484 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — 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 предложениях о продаже товаров, о выполнении работ, об оказании услуг, в объявлениях, на вывесках и в рекламе, а также в сети Интернет.

Таким образом, использование в рекламе обозначения, зарегистрированного в установленном порядке в качестве товарного знака должно в силу закона осуществляться правообладателем — непосредственно либо опосредованно, с его согласия.

Как установлено Комиссией Московского УФАС России, ЗАО «ПКФ Центр моды «Медстильсервис» не передавал ИП Кутис Е.С., ООО «Ферт» права на использование товарных знаков «модный доктор» по свидетельствам № 207730, № 213681, в том числе в рекламных целях, данный договор не зарегистрирован в порядке статьи 1489 ГК РФ.

Словосочетание «Модный доктор», использованное в рассматриваемой рекламе, является сходным до степени смешения со словесным обозначением «модный доктор» по свидетельствам № 207730, № 213681 в силу фонетического и семантического тождества общих словесных элементов. Данное обстоятельство не оспаривается ответчиками и подтверждается имеющейся в материалах дела справкой Роспатента.

Необходимо также отметить, что словесное обозначение «Модный доктор» в противоречие правилам русского языка использовано в форме написания с большой буквы.

По мнению Комиссии УФАС России, совокупность указанных фактов, учитывая различительную способность исключительно словесного товарного знака «Модный доктор» (без графического или иного оформления), свидетельствует о том, что в рассматриваемой рекламе целенаправленно использовалась известность словесных элементов, индивидуализирующих товары ЗАО «ПКФ Центр моды «Медстильсервис», для привлечения и обеспечения доступа максимального количества потребителей аналогичных заявителю товаров.

Таким образом, оценивая содержание рекламы «А вы Модный доктор?; Большой выбор американской медодежды в Москве. Online-заказ. Доставка; 4doctors.ru», Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о получении рекламодателем преимущества за счет нарушения чужих исключительных прав в рекламе, использовании репутационной ценности обозначений, ассоциирующихся у потребителей с другим лицом и приобретших известность на товарном рынке за счет деятельности субъекта-конкурента.

При этом, Комиссия Московского УФАС России не наделена полномочиями по выявлению достаточности различительной способности того или иного средства индивидуализации товара, однако отмечает, что словесное обозначение «модный доктор» зарегистрировано в качестве действующих товарных знаков по свидетельствам № 207730, № 213681, добросовестно вводится заявителем в оборот в соответствующих объекту рекламирования классах МКТУ. Таким образом, различительная способность указанного словесного обозначения представляется Комиссии Московского УФАС России доказанной.

Оценивая позицию заинтересованного лица ООО «Яндекс» о исключительно технической цели использования ключевых слов, без преследования цели индивидуализации лиц или товаров, Комиссия Московского УФАС России отмечает, что данная позиция базируется на неверном восприятии предмета рассмотрения настоящего дела, а равно

существа выявленных признаков нарушения Закона о рекламе.

Ключевые слова, представляющие собой технический параметр (критерий), устанавливаемый рекламодателем либо рекламопроизводителем, не обладает индивидуализирующей способностью в отношении рассматриваемой рекламы, а равно не нарушает исключительных прав заявителя.

Между тем, в рассматриваемом случае нарушение прав ЗАО «ПКФ Центр моды «Медстильсервис» как владельца прав на средство индивидуализации устанавливается Комиссией Московского УФАС России непосредственно в содержании конкретной рекламы.

При этом, Комиссия Московского УФАС России вправе оценить способ распространения рассматриваемой рекламы в совокупности с иными фактическими обстоятельствами дела.

В частности, изучая ключевые слова, при наборе которых распространяется рассматриваемая реклама, Комиссией Московского УФАС России оценивается не возможность создания предпосылок для смешения товаров, работ и услуг, либо наличие индивидуализирующей способности таких ключевых слов, а направленность действий рекламодателя либо рекламопроизводителя на привлечение и обеспечение доступа к ненадлежащей рекламе максимального количества потребителей, желающих приобрести товар на одинаковом для заявителя и ответчика товарном рынке.

Таким образом, оценивается исключительно избранный способ распространения рекламы в совокупности с формальным нарушением в содержании рекламы, а также тот факт, что способ распространения рекламы (включая ключевые слова) был избран ответчиком самостоятельно.

При этом, неспособность ключевых слов самих по себе в отрыве от фактического содержания рекламы вызвать нарушение исключительных прав заявителя представляется очевидной и не требующей доказывания.

На основании изложенного, в рекламе «А вы Модный доктор?; Большой выбор американской медодежды в Москве. Online-заказ. Доставка; 4doctors.ru», распространенной в сети Интернет, в том числе 05.03.2013, в поисковой системе Yandex.ru («Яндекс.Директ»), выявлено нарушение пункта 7 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, рассматриваемая реклама является ненадлежащей.

Согласно части 6 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 3 статьи 5 Закона о рекламе, несет рекламодатель.

Согласно части 8 статьи 38 Закона о рекламе рекламопроизводитель несет ответственность за нарушение требований, указанных в части 6 статьи 38 Закона о рекламе, в случае, если будет доказано, что нарушение произошло по

его вине.

На основании документальных доказательств, представленных в материалы дела, в частности исходя из переписки между ООО «Ферт» (e-mail genya@fert.ru) и ИП Кутис Е.С. (e-mail elizaveta@4doctors.ru), Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что наличие содержания в рекламе словесного обозначения «модный доктор» самостоятельно определено ИП Кутис Е.С.

Факт принадлежности указанных доменов (fert.ru, 4doctors.ru), составной частью которых являются электронные почтовые адреса, подтверждается материалами дела и следует из положений статьи 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации».

Лицом, отправляющим электронное письмо с применением сайта в сети Интернет, является владелец сайта в сети Интернет (администратор домена), если не установлено ил не доказано иное. Данное лицо в полной мере принимает на себя права по распоряжению и управлению (администрированию) доменом второго уровня (состоящего из наименования домена, точки и расширения домена), отвечает за любые действия, совершенные с использованием такого домена, в том числе направление электронных сообщений с применением домена второго уровня.

Оценивая понятие «вины рекламопроизводителя», опредмеченное частью 8 статьи 38 Закона о рекламе, Комиссия Московского УФАС России учитывает, что сущность рассматриваемого нарушения Закона о рекламе состоит, в первую очередь, в использовании словесного обозначения «Модный доктор» в рассматриваемой рекламе, а равно отсутствие данного средства индивидуализации в рассматриваемой рекламе свидетельствовало бы об отсутствии признаков нарушения пункта 7 части 3 статьи 5 Закона о рекламе.

Таким образом, ответственность за нарушение пункта 7 части 3 статьи 5 Закона о рекламе в рекламе «А вы Модный доктор?; Большой выбор американской медодежды в Москве. Online-заказ. Доставка; 4doctors.ru» в поисковой системе Yandex.ru («Яндекс.Директ»), несет ИП Кутис Е.С.

Сторонами по делу не представлены материалы, свидетельствующие о прекращении распространения рассматриваемой рекламы в системе ООО «Яндекс» («Яндекс.Директ»). Таким образом, Комиссией Московского УФАС России не установлен факт прекращения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Согласно частям 1, 3 статьи 36 Закона о рекламе, антимонопольный орган в пределах своих полномочий возбуждает и рассматривает дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, принимает по результатам рассмотрения таких дел решения и выдает предписания, предусмотренные Законом о рекламе; предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе выдается на основании

решения антимонопольного органа о признании рекламы ненадлежащей и должно содержать указание о прекращении ее распространения.

Предписание направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений статьи 1 Закона о рекламе, а также законных прав заявителя.

Таким образом, Комиссия Московского УФАС России, учитывая конкретные фактические обстоятельства и в порядке применения подпунктов «г», «д» пункта 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, считает обоснованным избрание меры пресечения дальнейшего нарушения законодательства о рекламе в виде выдачи предписаний всем заинтересованным лицам, способным тем или иным образом повлиять на распространение ненадлежащей рекламы в дальнейшем.

Распространение рекламы «А вы Модный доктор?; Большой выбор американской медедежды в Москве. Online-заказ. Доставка; 4doctors.ru» выявлено в информационно-телекоммуникационной сети Интернет в поисковой системе Yandex.ru («Яндекс.Директ») 05.03.2013 путем составления нотариального протокола осмотра от 05.03.2013.

В соответствии с пунктом 5 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58, срок давности привлечения к административной ответственности начинается течь с момента совершения такого правонарушения.

Срок давности привлечения к ответственности за вменяемое правонарушение надлежит исчислять с даты фактического обнаружения нарушения законодательства о рекламе, то есть, в рассматриваемом случае, с момента составления нотариального протокола осмотра спорной рекламы в сети Интернет, а именно — с 05.03.2013.

Срок давности привлечения к административной ответственности за вмененное правонарушение установлен частью 1 статьи 4.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и составляет один год с момента нарушения Закона о рекламе.

Таким образом, в порядке применения подпункта «в» пункта 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, установлено, что возбуждение дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в настоящем случае невозможно.

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 рекламу «А вы Модный доктор?; Большой выбор американской медодежды в Москве. Online-заказ. Доставка; 4doctors.ru», распространяемую в информационно-телекоммуникационной сети Интернет в поисковой системе Yandex.ru («Яндекс.Директ»), ненадлежащей в связи с нарушением ИП Кутис Е.С. требований пункта 7 части 3 статьи 5 Закона о рекламе.

2. Выдать ИП Кутис Е.С. предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Выдать ООО «Ферт» предписание о прекращении распространения рекламы, нарушающей законодательство Российской Федерации о рекламе.

4. Выдать ООО «Яндекс» предписание о прекращении распространения рекламы, нарушающей законодательство Российской Федерации о рекламе.

5. Не передавать 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.

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.

Председатель Комиссии (....)

Члены Комиссии (....)

(....)

(....)

(495) 784-75-05 (доб. 107)