

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
о назначении административного наказания по делу
об административном правонарушении № 4-14.3-208/77-16

«11» марта 2016 года

г. Москва

Я, заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве <....>, рассмотрев Протокол от 10.03.16 и материалы дела об административном правонарушении № 4-14.3-208/77-16, возбужденного в отношении должностного лица ООО «Спорт Форум» — <....>, в связи с нарушением пункта 1 части 2 статьи 5, пункта 1 части 3 статьи 5 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), по факту распространения рекламы «World Class сеть фитнес-клубов № 1» на странице 161 «TATLER» № 7 июль 2015, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ),

в присутствии <....>,

УСТАНОВИЛ:

ООО «Спорт Форум» <....>.

Решением Комиссии Московского УФАС России от 28.01.2016 по делу № 3-5-178/77-15 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в действиях ООО «Спорт Форум» по факту распространения рекламы «World Class сеть фитнес-клубов № 1» на странице 161 «TATLER» № 7 июль 2015, с нарушением пункта 1 части 2 статьи 5, пункта 1 части 3 статьи 5 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы, которая содержит некорректные сравнения рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами, а также не соответствующие действительности сведения о преимуществах рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами.

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.

Реклама, размещенная на странице 161 журнала «TATLER» № 7 июль 2015, выявлена в ходе проведения Московским УФАС России плановой проверки ЗАО «Конде Наст», факт ее размещения подтверждается имеющимся экземпляром печатного издания, а также Актом № 4 плановой выездной проверки юридического лица от 06.08.2015.

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

Рассматриваемая реклама содержит и сведения, индивидуализирующие хозяйствующий субъект и предлагаемые им услуги: номера телефонов, адрес сайта в сети «Интернет», фактические адреса.

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

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

При этом, «World Class сеть фитнес-клубов № 1» является зарегистрированным товарным знаком по свидетельству № 406142, в том числе, для 41 класса МКТУ, включающего услуги, связанные со здоровьем, физкультурой и спортом.

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

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

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

Резюмируя изложенное, информация «World Class сеть фитнес-клубов № 1», распространенная на странице 161 «TATLER» № 7 июль 2015, является рекламой.

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.

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

ООО «Спорт Форум» рекламы в изданиях ЗАО «Конде Наст».

Спорная реклама размещена в рамках вышеуказанного договора, что подтверждается дополнением № 1 от 15.05.2015 к договору, платежным поручением.

Учитывая договор от 15.05.2015 № CN-A-15-3972 и объект рекламирования, лицом, определившим содержание рассматриваемой рекламы, а равно ее рекламодателем, является ООО «Спорт Форум».

ООО «Спорт Форум» свой статус рекламодателя в отношении рекламы «World Class сеть фитнес-клубов № 1» на странице 161 «TATLER» № 7 июль 2015 не оспаривает.

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

В соответствии с пунктом 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе, недостоверной признается реклама, которая содержит не соответствующие действительности сведения о преимуществах рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами.

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

Согласно пункту 29 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58, информация, содержащаяся в рекламе, должна отвечать критериям достоверности, в том числе в целях формирования у потребителя верного, истинного представления о товаре (услуге), его качестве, потребительских свойствах.

В связи с этим использование в рекламе сравнительной характеристики объекта рекламирования с иными товарами, например путем употребления слов «лучший», «первый», «номер один», должно производиться с указанием конкретного критерия, по которому осуществляется сравнение и который имеет объективное подтверждение.

Поэтому реклама, не сопровождаемая таким подтверждением, должна считаться недостоверной, как содержащая не соответствующие действительности сведения о преимуществах рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами, изготовленными другими производителями или реализуемыми другими продавцами.

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

При этом, при наличии такого сравнение в форме использования слов в

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

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

ООО «Спорт Форум» в письменных объяснениях по делу № 3-5-178/77-15 ссылается на возможность употребления словосочетания «сеть фитнес-клубов № 1» в связи с несколькими частными премиями и номинациями спортивного клуба «World Class».

Однако данные факты не могут быть учтены как исключительные качества данного Общества, в связи с тем, что данные критерии и их подтверждения не приведены в рекламе как того требует законодательство.

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

Более того, как было указано при рассмотрении дела № 3-5-178/77-15 о нарушении законодательства о рекламе, ООО "Спорт Форум" заявило, что считает себя лучшим лишь в «премиальном сегменте», на что также отсутствует указание в спорной рекламе. При этом, Обществом не пояснена объективность оценки и отнесения объектов к «премиальному сегменту в сфере фитнес-клубов», возможность его оценки, выделения сформировавшейся совокупности критериев сегмента и т. д.

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

Между тем, как установлено решением Комиссии Московского УФАС России по делу № 3-5-178/77-15, данный довод Общества несостоятелен ввиду неверного применения норм материального права.

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

услуг и предприятий (подпункты 1 и 14 пункта 1 статьи 1225 ГК РФ).

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

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

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

Законодательство Российской Федерации прямо указывает отдельные примеры возможности использования товарного знака в рекламе, даже если его содержание само по себе и противоречит нормам законодательства о рекламе.

Так, в силу части 11 статьи 5 Закона о рекламе при производстве, размещении и распространении рекламы должны соблюдаться требования законодательства о государственном языке Российской Федерации.

В соответствии с частью 1 статьи 68 Конституции Российской Федерации, частью 1 статьи 1 Федерального закона от 01.06.2005 № 53-ФЗ «О государственном языке Российской Федерации» (далее — Закон о государственном языке), государственным языком Российской Федерации на всей ее территории является русский язык.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не

соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации о рекламе, является ненадлежащей.

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

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

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

Место совершения административного правонарушения: территория распространения журнала «TATLER», в том числе город Москва.

Время совершения административного правонарушения — 18.06.2015 года (дата выхода в свет журнала «TATLER» № 7 июль 2015).

В соответствии с частью 1 статьи 2.1 КоАП РФ, административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое КоАП РФ или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

В соответствии со статьей 2.4 КоАП РФ, административной ответственности подлежит должностное лицо в случае совершения им административного правонарушения в связи с неисполнением либо ненадлежащим исполнением своих служебных обязанностей.

Совершившие административные правонарушения в связи с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций руководители и другие работники организаций несут административную ответственность как должностные лица.

В соответствии с документами, представленными ООО «Спорт Форум» в адрес Московского УФАС России, <....> является лицом, ответственным за распространение ООО «Спорт Форум» рекламы «World Class сеть фитнес-клубов № 1» на странице 161 «TATLER» № 7 июль 2015 с нарушением пункта 1 части 2 статьи 5, пункта 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе.

Согласно трудовому договору № 487/14 от 21.08.2014. заключенному между ООО «Спорт Форум» и <....> является юристом ООО «Спорт Форум».

В соответствии с подпунктом 1 пункта 3.1 трудового договора № 487/14 от 21.08.2014, работник обязуется выполнять свои трудовые обязанности, определенные должностной инструкцией, трудовым договором.

Согласно пункту 2.24 должностной инструкции, юрист осуществляет проверку рекламных макетов на отсутствие нарушений действующего законодательства РФ.

На основании изложенного, установлено нарушение <....> требований пункта 1 части 2 статьи 5, пункта 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе.

Вина <....> состоит в ненадлежащем исполнении своих служебных обязанностей, а именно непринятии всех зависящих от нее мер по соблюдению требований законодательства при распространении рекламы «World Class сеть фитнес-клубов № 1» на странице 161 «TATLER» № 7 июль 2015 с нарушением пункта 1 части 2 статьи 5, пункта 1 части 3

статьи 5 Закона о рекламе. Должностным лицом Московского УФАС России не установлено объективных обстоятельств, делающих невозможным соблюдение указанных требований.

Ответственность за невыполнение требований, установленных пунктом 1 части 2 статьи 5, пункта 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе, предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

Должностным лицом Московского УФАС России не установлено обстоятельств, отягчающих административную ответственность, а также обстоятельств, смягчающих административную ответственность <....>.

В соответствии с частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ, нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства Российской Федерации о рекламе влечет наложение административного штрафа на граждан — от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц — от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; юридических лиц — от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Таким образом штраф, подлежащий взысканию составляет 4 000 рублей.

Руководствуясь статьями 33, 38 Закона о рекламе, статьями 4.1, 14.3, 23.48, 29.9, 29.10 КоАП РФ,

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать <....> виновной в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 КоАП РФ.

2. За нарушение части 1 статьи 14.3 КоАП РФ, назначить должностному лицу ООО «Спорт Форум» — <....> административное наказание в виде административного штрафа в размере 4 000 (четыре тысячи) рублей.

Согласно части 1 статьи 32.2 КоАП РФ, административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее шестидесяти дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу либо со дня истечения срока отсрочки или срока рассрочки, предусмотренных ст. 31.5 КоАП РФ.

В соответствии с частью 5 статьи 32.2 КоАП РФ, при отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, и информации об уплате административного штрафа в Государственной информационной системе о государственных и муниципальных платежах, по истечении срока, указанного в ч. 1 настоящей статьи, судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление, направляют в течение десяти суток постановление о наложении административного штрафа с отметкой о его неуплате судебному приставу-исполнителю для исполнения в порядке, предусмотренном федеральным законодательством.

В соответствии с частью 5 статьи 3.5 КоАП РФ, сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме.

Суммы штрафов, уплаченных за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, зачисляются в соответствующие бюджеты в соотношении:

- 40% в Федеральный бюджет;
- 60% в бюджет субъекта Российской Федерации, на территории которого зарегистрирована <....>, перечислением через банк, обслуживающий хозяйствующий

субъект.

Реквизиты для уплаты административных штрафов, предусмотренных за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе (квитанция прилагается):

Получатель: УФК по г. Москве (для Московского УФАС России)

Банк получателя: Отделение 1 Москва

ИНН 7706096339

КПП 770101001

БИК 044583001

р/с 40101810800000010041

КБК 161 1 16 26000 01 6000140

ОКТМО 45375000

Назначение платежа: административный штраф по делу № 4-14.3-208/77-16.

Согласно части 1 статьи 20.25 КоАП РФ, неуплата административного штрафа в срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере суммы неуплаченного административного штрафа.

В соответствии с частью 3 статьи 30.1 и частью 1 статьи 30.3 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано в арбитражном суде в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления.

В соответствии с пунктом 1 статьи 31.1 КоАП РФ, 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.

Приложение на 1 листе.

Заместитель руководителя

<....>