

ИГ/47375/17 от 18.09.2017

ООО «Компания Афиша»

Варшавское шоссе, д. 9, стр. 1,
г. Москва, 117105

ООО «АПМЕДИА»

Подсосенский пер., д. 9, кв. 29,
г. Москва, 105062

ООО «Браун»

Наставников пр-т,
д. 24, корп. 1, лит. А, пом. 1Н, 2Н
г. Санкт-Петербург, 190000,

РЕШЕНИЕ
по делу № 3-5-221/77-16

«24» ноября 2016 г.

г. Москва

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 № 3-5-221/77-16, возбужденное на основании Акта № 8-20 плановой выездной проверки юридического лица от 06.05.2016 по факту распространения рекламы «БАХРОМА РЕСТОРАН №1; ДОРОГИЕ ПОДАРКИ ВСЕМ ГОСТЯМ» по признакам нарушения пункта 1 части 2, пункта 1 части 3 статьи 5 Федерального закона от 13.03.2006 № 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 присутствии представителей: ООО «Компания Афиша» в лице <...> (по доверенности <...>), <...> (по доверенности <...>); ООО «АПМЕДИА» в лице <...> (по доверенности <...>),

в отсутствие представителей ООО «Браун» (уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-5-221/77-16 возбуждено в отношении ООО «АПМЕДИА» Московским УФАС России 29.08.2016 на основании Акта № 8-20 плановой выездной проверки юридического лица от 06.05.2016 по факту распространения рекламы «БАХРОМА РЕСТОРАН №1; ДОРОГИЕ ПОДАРКИ ВСЕМ ГОСТЯМ» в сети Интернет на сайте по адресу www.afisha.ru в виде flash-баннеров.

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, выслушав доводы представителей сторон по делу, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

ООО «Компания Афиша» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 27.01.2010 за основным государственным регистрационным номером 1107746038410.

ООО «АПМЕДИА» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 07.07.2010 за основным государственным регистрационным номером 1107746538261.

ООО «Браун» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 18.08.2014 за основным государственным регистрационным номером 1147847288005.

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.

Предметом рассмотрения настоящего дела является реклама, размещенная в сети Интернет на сайте по адресу www.afisha.ru в виде flash-баннеров.

Реклама выявлена в ходе проведения Московским УФАС России плановой проверки ООО «Компания Афиша», факт ее размещения подтверждается сведениями представленными ООО «Компания Афиша», договорами на размещение рассматриваемой рекламы, а также Актом № 8-20 плановой выездной проверки юридического лица от 06.05.2016.

Рассматриваемая реклама содержит в себе следующие сведения: «БАХРОМА РЕСТОРАН №1; ДОРОГИЕ ПОДАРКИ ВСЕМ ГОСТЯМ». Реклама содержит сведения, индивидуализирующие хозяйствующий субъект и предлагаемые им услуги, в том числе наименование ресторана. Резюмируя изложенное, объектом рекламирования является ресторан «Бахрома № 1».

Информация размещалась в сети Интернет на сайте по адресу www.afisha.ru в виде flash-баннеров, а следовательно, сведения были распространены широкому заранее неопределенному кругу лиц, на территории Российской Федерации.

Кроме того, согласно Свидетельству о регистрации ЭЛ № ФС77-54146 от 17.05.2013, выданному Роскомнадзором, сайт www.afisha.ru зарегистрирован в качестве средства массовой информации. Что также подтверждается информацией, размещенной на сайте.

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 неком лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Резюмируя изложенное, рассматриваемая информация является рекламой.

Сам по себе рекламный характер информации ООО «Компания Афиша», ООО «АПМЕДИА», ООО «Браун» не оспаривается.

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.

По мнению Комиссии Московского УФАС России, 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 сравнения 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 (оказывающими услуги общественного питания, услуги баров, кафе и т.п.).

Обозначение «№1» очевидно указывает, что «Бахрома» является лучшим рестораном на рынке, при этом какие-либо критерии такого превосходства в рекламе отсутствуют, как и не указаны конкретные критерии, соотносимые с этим утверждением (например, «первый ресторан в Санкт-Петербурге»).

Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что 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.

Кроме того, Комиссия Московского УФАС России также считает необходимым отметить следующее.

В силу пункта 1 статьи 1229 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, даже и товарный знак подлежит использованию в рекламе в строгом соответствии с положениями законодательства Российской Федерации о рекламе. В настоящем же случае информация о регистрации

(приобретении) прав на товарного знака отсутствуют вовсе.

Комиссия также отмечает следующее. 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 № 08/17-1379 от 03.03.2015, такие элементы, как «лучший», «первый», «номер один», «№1» и другие, которые могут быть отнесены к категории обозначений, носящих хвalebный 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).

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.

Между тем, в соответствии со статьей 1479 Гражданского кодекса Российской Федерации, на территории Российской Федерации действует исключительное право на товарный знак, зарегистрированный федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности, а также в других случаях, предусмотренных международным договором Российской Федерации.

Таким образом, факт подачи заявки на регистрацию товарного знака никоим образом не свидетельствует о начале действия механизма использования и охраны обозначения в отношении которого такая заявка подана.

Однако, как указано выше, использование обозначения «№1» должно осуществляться в строгом соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации о рекламе.

Следовательно, ООО «Браун» при использовании в рекламе обозначения «№1» следует соблюдать требование пункта 1 части 2 и пункта 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе, в частности указывать на достоверные критерии, на основании которых предполагается преимущество рекламируемой сети ресторанов перед другими. Кроме того, обозначение «№1» не зарегистрировано в качестве товарного знака, а равно на него не распространяются положения статьи 1484 ГК РФ.

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 обозначения «№1», а лишь указывает на необходимость воздержания от использования элемента товарного знака без использования в совокупности с объективным, корректным критерием (критериями) в отношении обозначения «№1», сопровождаемым

(сопровождаемыми) достоверным подтверждением.

На основании изложенного, Комиссией Московского УФАС России в рекламе «БАХРОМА РЕСТОРАН №1; ДОРОГИЕ ПОДАРКИ ВСЕМ ГОСТЯМ», распространяемой в сети Интернет на сайте по адресу www.afisha.ru в виде flash-баннеров, 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 «БАХРОМА РЕСТОРАН №1; ДОРОГИЕ ПОДАРКИ ВСЕМ ГОСТЯМ», распространяемой в сети Интернет на сайте по адресу www.afisha.ru в виде flash-баннеров, 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 рекламодатель.

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

Согласно положениям статьи 2 Закона Российской Федерации от 27.12.1991 № 2124-1 «О средствах массовой информации», под распространителем понимается лицо, осуществляющее распространение продукции средства массовой информации по договору с редакцией, издателем или на иных законных основаниях.

Рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителя. Комиссией Московского УФАС России установлено, что сайт afisha.ru, являющийся средством массовой информации, предназначен для неопределенного круга, распространяется на территории Российской Федерации и зарубежных стран, не является изданием, специализирующимся на сообщениях рекламного характера. Как указано выше, учредителем данного средства массовой информации является ООО «Компания Афиша». Таким образом, ООО «Компания Афиша» является рекламодателем 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.

Исходя из нормативного понятия рекламодателем может являться не только субъект, заинтересованный в продвижении рекламируемого товара на рынке, но и любой другой субъект, который определил непосредственное содержание рекламы, в частности какой именно товар (работу, услугу) рекламировать.

Из материалов дела установлено, что рассматриваемая реклама распространялась на основании последовательно заключенных договоров:

договора от 01.01.2014, заключенного между ООО «Компания Афиша» и ООО «Позитив Дизайн» (в настоящее время — ООО «АПМЕДИА», далее по тексту — ООО «АПМЕДИА») (далее — Договор 1); договора № 970 от 07.10.2015, заключенного между ООО «АПМЕДИА» и ООО «Браун».

В соответствии с пунктом 1.1 Договора 1, ООО «Компания Афиша» предоставляет ООО «АПМЕДИА» по размещению предоставляемых ООО «АПМЕДИА» материалов третьих лиц — клиентов ООО «АПМЕДИА», в том числе, на рекламных площадях на сайте afisha.ru.

Согласно пункту 2.3 Договора 1, ООО «Компания Афиша» обязуется по заявке ООО «АПМЕДИА» оказывать услуги по размещению рекламных материалов, указанных в Договоре 1 и приложениях к нему, предоставленных ООО «АПМЕДИА»; осуществлять размещение рекламных материалов в изданиях и на сайтах в соответствии с предоставленными ООО «АПМЕДИА» и одобренными ООО «Компания Афиша» рекламными макетами в случае своевременного получения ООО «Компания Афиша» рекламных макетов, соответствующих техническим требованиям установленным Приложением № 1 к Договору 1 и графику выхода, указанному в Приложении № 2 к Договору 1.

В соответствии с пунктом 1.1 Договора 2, ООО «Браун» поручает, а ООО «АПМЕДИА» обязуется оказать услуги по изготовлению рекламной продукции и размещению рекламно-информационных материалов ООО «Браун» в средствах массовой информации.

Согласно пункту 2.1 Договора 2, ООО «Браун»: не позднее сроков, указанных в приложениях к Договору 2 передает ООО «АПМЕДИА» информацию, необходимую для изготовления и размещения рекламно-информационных материалов, в соответствии с техническими требованиями, предъявляемыми средствами массовой информации; письменно утверждает оригинал-макеты и образцы рекламной продукции, подлежащей тиражированию.

Согласно пункту 2.2 Договора 2, ООО «АПМЕДИА» размещает рекламно-информационные материалы в средствах массовой информации на условиях, изложенных в приложениях к Договору 2.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что рекламодателем спорной рекламы является ООО «Браун».

Таким образом, ответственность за нарушение пункта 1 части 2 статьи 5, пункта 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе в рассматриваемой рекламе «БАХРОМА РЕСТОРАН №1; ДОРОГИЕ ПОДАРКИ ВСЕМ ГОСТЯМ», распространяемой в сети Интернет на сайте по адресу www.afisha.ru в виде flash-баннеров несет ООО «Браун».

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным)

устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Между тем, предписание само по себе направлено именно на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, и не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ООО «Компания Афиша, ООО «АПМЕДИА», ООО «Браун» предписаний о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Частью 4 статьи 38 Закона о рекламе, частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ) предусмотрена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе.

Исходя из части 1 статьи 4.5 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении за нарушение законодательства о рекламе не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

При этом местом и временем совершения правонарушения является место и время распространение рассматриваемой рекламы. Согласно представленным в материалы дела документам и сведениям, спорное сообщение распространялось в период с 16.10.2015 по 22.10.2015.

Таким образом, срок давности привлечения к административной ответственности на дату оглашения резолютивной части решения истек.

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 ООО «Браун» нарушившим требования пункта 1 части 2, пункта 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе при распространении в сети Интернет на сайте по адресу www.afisha.ru в виде flash-баннеров ненадлежащей рекламы «БАХРОМА РЕСТОРАН №1; ДОРОГИЕ ПОДАРКИ ВСЕМ ГОСТЯМ», в которой содержится некорректное сравнение рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами, а также содержатся не соответствующие действительности сведения о преимуществах рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами.

2. В отношении ООО «АПМЕДИА» производство по делу прекратить в связи с неподтверждением в действиях лица наличия нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Выдать ООО «Компания Афиша, ООО «АПМЕДИА», ООО «Браун» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

4. 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, в связи с истечением срока давности привлечения к административной ответственности.

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>

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