



ОДИННАДЦАТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД
443070, г. Самара, ул. Аэродромная, 11А, тел. 273-36-45
www.11aas.arbitr.ru, e-mail: info@11aas.arbitr.ru.

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

апелляционной инстанции по проверке законности и
обоснованности решения арбитражного суда,
не вступившего в законную силу

09 июня 2018 года
г. Самара

Дело № А55-12866/2017

Резолютивная часть постановления объявлена: 04 июня 2018 года
Постановление в полном объеме изготовлено: 09 июня 2018 года

Одиннадцатый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего судьи Драгоценновой И.С.,
судей Юдкина А.А., Поповой Е.Г.,
при ведении протокола секретарем судебного заседания Сурайкиной А.В.,
с участием:
от общества с ограниченной ответственностью «ПРЕСЛИ-Д» - представитель Одинцова Т.А.(доверенность от 05.07.2017),
от Управления Федеральной антимонопольной службы по Самарской области - представитель Симонова Т.А.(доверенность от 28.03.2018),
от ГКУ Самарской области «Центр размещения рекламы» - представитель не явился, извещено,
от Департамента городского хозяйства и экологии Администрации городского округа Самара - представитель не явился, извещено,
от Уполномоченного по правам ребенка в Самарской области - представитель не явился, извещено,
от общества с ограниченной ответственностью «Элком» - представитель не явился, извещено,
от общества с ограниченной ответственностью «Элкат» - представитель Панкрушина Е.В.(доверенность от 09.01.2018),
от общества с ограниченной ответственностью «ПК Времена года» - представитель не явился, извещено,
от общества с ограниченной ответственностью «Стратег» - представитель не явился, извещено,
рассмотрев в открытом судебном заседании в помещении суда, в зале № 3, дело по апелляционной жалобе общества с ограниченной ответственностью «ПРЕСЛИ-Д» на решение Арбитражного суда Самарской области от 25 января 2018 года по делу № А55-12866/2017 (судья Мешкова О.В.), по заявлению общества с ограниченной ответственностью «Элвес-Ф», г. Самара, к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Самарской области, г.Самара, с привлечением к участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, Государственного казенного учреждения Самарской области «Центр размещения рекламы», Департамента городского хозяйства и экологии Администрации городского округа Самара, Уполномоченного по правам ребенка в Самарской области, общества с ограниченной ответственностью «Элком», общества с ограниченной ответственностью

«Элкат», общества с ограниченной ответственностью «ПК Времена года», общества с ограниченной ответственностью «Стратег», о признании незаконным решения №4021/8 от 05.05.2017 и постановления №361адм-17/8 от 08.06.2017,

УСТАНОВИЛ:

общество с ограниченной ответственностью «Элвес-Ф» (далее – заявитель) обратилось в Арбитражный суд Самарской области с заявлением о признании незаконным и отмене решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Самарской области (далее- Управление) по делу №12773-17/8 от 05.05.2017 в части признания ООО «Элвес-Ф» рекламодателем рекламы, распространенной на рекламной конструкции на территории г.о.Самара по следующему адресу: пересечение ул.Карбышева и ул.Дыбенко и о признании незаконным постановления Управлению Федеральной антимонопольной службы по Самарской области о наложении штрафа по делу №295-12773-17/8 об административном правонарушении.

Решением Арбитражного суда Самарской области от 25 января 2018 года в удовлетворении заявленных требований отказано.

Не согласившись с выводами суда, общество с ограниченной ответственностью «Элвес-Ф» подало апелляционную жалобу, в которой просит решение суда первой инстанции отменить и принять по делу новый судебный акт, в котором удовлетворить требования ООО «Элвес-Ф» -признать незаконным и отменить решение Управления Федеральной антимонопольной службы по Самарской области по делу № 12773-17/8 от 05.05.2017г., а также признать незаконным и отменить постановление о наложении штрафа по делу № 295-12773-17/8 об административном правонарушении.

В обоснование доводов жалобы ссылается на неполное исследование судом обстоятельств дела, неправильное применение норм материального права.

В жалобе указывает на неправомерный отказ в удовлетворении ходатайства об объединении настоящего дела с делом № А55-12371/2017.

Податель жалобы ссылается также на то, что при рассмотрении дела принимала участие фирма ООО «Элкат», которая предоставила свои письменные пояснения и подтвердила факт того, что является рекламодателем той, рекламы которая была указана в решении. ООО «Элкат» предоставило договор на изготовление рекламных баннеров с ООО «ПК Времена года», дополнительных соглашения к нему, документы свидетельствующие об оплате услуг и о передачи рекламных баннеров; также были представлены договор с ООО «Альянс» на размещение данной рекламы на рекламных конструкциях в том числе и на рекламном щите по адресу : г.Самара, пересечение улиц Карбышева и Дыбенко, документы свидетельствующие об принятии оказанных услуг (акты выполненных работ) и об их оплате. Таким образом, складывается парадоксальная ситуация, а именно: существует фирма, которая признает свою вину в том, что является рекламодателем, определила объект рекламирования, подтверждает то, что рекламирует свои товары и услуги, участвует в судебных заседаниях, предоставляет не только копии документов ,но и оригиналы документов, доказывающих свой статус рекламодателя, но судья этому не верит, полностью игнорирует прямые доказательства, а основывает свое решение только на косвенных доказательствах Самарского УФАС и его предположениях.

Как указал податель жалобы, товарный знак «Элвес» принадлежит фирме ООО «Элвес-Ф», но использование данного знака было незаконно осуществлено фирмой ООО «Элкат» весной и летом 2017г.

ООО «Элкат» пояснило, что изображение на рекламе знака «Элвес» служило лишь обозначением месторасположения фирмы ООО «Элкат» в торговых центрах под названием «Элвес», где фирма ООО «Элкат» арендует торговые помещения. Фирма ООО «Элкат» указывает это изображение в своей рекламе для облегчения покупателям и

заказчикам поиска местонахождения фирмы ООО «Элкат», так как слово «Элвес» является узнаваемым брендом и названием торгового центра».

Управление Федеральной антимонопольной службы по Самарской области апелляционную жалобу отклонило по мотивам, изложенным в отзыве на нее.

Кроме того, Управление Федеральной антимонопольной службы по Самарской области просит прекратить производство по жалобе ООО «Элвес-Ф». Считает, что апелляционная жалоба ООО «Элвес-Ф» пропущен срок на подачу апелляционной жалобы в Одиннадцатый арбитражный апелляционный суд, рассмотрение настоящего дела в отсутствие надлежащих оснований для восстановления срока рассмотрения жалобы приведет к злоупотреблению правом со стороны ООО «Пресли-Д» по отношению к Самарскому УФАС России как к заинтересованному лицу.

В суд апелляционной инстанции от Департамента городского хозяйства и экологии Администрации городского округа Самара и ГКУ Самарской области «Центр размещения рекламы» поступили ходатайства о рассмотрении дела в отсутствие их представителей, которые удовлетворены судом апелляционной инстанции.

В судебном заседании представителем общества с ограниченной ответственностью «Элвес-Ф» заявлено об изменении наименования общества с ограниченной ответственностью «Элвес-Ф» на общество с ограниченной ответственностью «ПРЕСЛИ-Д» - ИНН 6317091008; ОГРН 1126317001942 (ВЫПИСКА из ЕГРЮЛ по состоянию на 04.06.2018, ГРН и дата внесения в ЕГРЮЛ записи, содержащей указанные сведения 14.02.2018).

Таким образом, судом апелляционной инстанции в судебном заседании рассматривается апелляционная жалоба общества с ограниченной ответственностью «ПРЕСЛИ-Д».

Представитель общества с ограниченной ответственностью «ПРЕСЛИ-Д» в судебном заседании поддержал доводы своей апелляционной жалобы.

Представитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Самарской области в судебном заседании с доводами жалобы не согласился по основаниям, изложенным в отзыве на апелляционную жалобу. Просил решение суда первой инстанции оставить без изменения, апелляционную жалобу без удовлетворения.

Представитель общества с ограниченной ответственностью «Элкат» в судебном заседании поддержал доводы апелляционной жалобы, просил решение суда первой инстанции отменить.

В судебное заседание представители ГКУ Самарской области «Центр размещения рекламы», Департамента городского хозяйства и экологии Администрации городского округа Самара, Уполномоченного по правам ребенка в Самарской области, общества с ограниченной ответственностью «Элком», общества с ограниченной ответственностью «ПК Времена года», общества с ограниченной ответственностью «Стратег» не явились, о месте и времени судебного разбирательства надлежаще извещены, в связи с чем, апелляционная жалоба в соответствии со статьями 123, 156 АПК РФ рассмотрена в их отсутствие.

Апелляционная жалоба на судебный акт арбитражного суда Самарской области рассмотрена в порядке, установленном ст.ст.266-268 АПК РФ.

Исследовав доказательства по делу с учетом доводов апелляционной жалобы, отзыва, выступлений представителей сторон, суд апелляционной инстанции пришел к выводу об отсутствии оснований для удовлетворения апелляционной жалобы.

Материалами дела подтверждаются следующие фактические обстоятельства.

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Самарской области поступили заявление гр. Жегалиной С.В., перенаправленное Уполномоченным по правам ребенка в Самарской области Козловой Т.В. (вх.№282-гр от 31.03.2017г.), заявление гр. Шустовой Е.В., перенаправленное Управлением Роскомнадзора по Самарской области (вх.№271-гр от 30.03.2017г., вх.№283-гр от 31.03.2017г.), заявление гр. Мельниковой Л.В.,

перенаправленное Администрацией г.о. Самара Управлением по работе с обращением граждан (вх.№294-гр от 03.04.2017г.), заявление гр. Федоровой Т.И., перенаправленное ФАС России (вх.275-гр от 30.03.2017г.), в которых сообщалось, что на территории г.о. Самара по адресам: пересечение ул. Первомайская и пр. Ленина, ул. Советской Армии около д.167, пересечение Московского шоссе и ул. Советской Армии (остановка Телецентр) напротив Храма в честь собора Самарских Святых, Московское шоссе, литД, к28А, пересечение ул.Карбышева/ ул.Дыбенко размещаются рекламные баннеры компании «Элвес» следующего содержания: «Элвес. От жары избавит*, за 3000р кондиционер ПОСТАВИТ! (изображение кондиционера) и если ты в теме, помни: С ЭЛВЕС СЕКС КОМФОРТНЕЕ! далее следует изображение обнаженных тел мужчины и женщины, где мужчина лежит на женщине прикрывая ладонью обнаженную грудь женщины», в которых, по мнению заявителей, содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, а именно, пункта 5 части 4, части 6, 11 статьи 5 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»).

К жалобам были приложены фотографии, подтверждающие факт размещения и распространения рекламных материалов на конструкциях на территории г.о. Самара, в частности по адресам: пересечение ул. Первомайская/пр. Ленина, ул. Советской Армии около д.167, пересечение Московского шоссе и ул. Советской Армии (остановка Телецентр) напротив Храма в честь собора Самарских Святых, Московское шоссе, литД, к28А, пересечение ул.Карбышева/ ул.Дыбенко.

Самарским УФАС России 06.04.2017г. возбуждено дело №12773-17/8 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении ООО «Элком», ООО «Элвес-Ф».

Однако, в процессе рассмотрения дела №12773-17/8 признаки правонарушения, предусмотренные пунктом 5 части 4 статьи 5 Федерального закона «О рекламе», не подтвердились.

В ходе рассмотрения дела Комиссия Самарского УФАС России, изучив материалы дела №12773-17/8, пришла к выводу о том, что именно ООО «Элвес-Ф» является рекламодателем указанной рекламы, то есть лицом, которое определило объект рекламирования и содержание рекламы. Реклама, распространенная на пересечение ул. Дыбенко и ул. Карбышева имеет признаки нарушения ч.6 ст.5, ч.11 ст.5, ч.9 ст.19 Федерального закона «О рекламе».

Место и время распространения рекламы установлено: 13 марта 2017г.- 03 апреля 2017г., г. Самара, Карбышева/ Дыбенко.

Ранее Самарским УФАС России было рассмотрено дело №12745-17/8 в отношении схожей рекламы, распространенной на рекламных конструкциях по адресам: пересечение ул. Первомайская/пр. Ленина, ул. Советская Армия около д.167, пересечение Московского шоссе и ул. Советская Армия (остановка Телецентр) напротив Храма в честь собора Самарских Святых, Московское шоссе, литД, к28А, где было установлено, что данная реклама содержит признаки нарушения рекламного законодательства, а именно, частей 6, 11 статьи 5, части 9 статьи 19 ФЗ «О рекламе».

Однако, в рамках рассмотрения вышеуказанного дела реклама, распространенная по адресу: г. Самара, ул. Дыбенко/ ул. Карбышева не рассматривалась. Кроме того, комиссия Самарского УФАС России запрашивала у ООО «Элвес-Ф» сведения о распространении аналогичной рекламы, однако, информация подобного рода Обществом не представлена.

Признание рекламы ООО «Элвес-Ф», распространенной по адресу: г. Самара, Карбышева/ Дыбенко, по делу №12773-17/8 ненадлежащей обусловлено необходимостью пресечения распространения ненадлежащей рекламы на территории г.о. Самары.

Более того, период распространения рекламы, а также лицо, являющееся рекламораспространителем, не совпадают с периодом и сведениями о рекламораспространителе по ранее рассмотренному делу №12745-17/8. Следует отменить, что лицо, признанное рекламораспространителем по делу №12745-17/8, не заявляло о

принадлежности рекламной конструкции по адресу: г. Самара, ул. Карбышева/ул.Дыбенко данному обществу, к тому же не обращалось в Арбитражный суд Самарской области с целью установления прав на данную рекламную конструкцию, соответствующих разрешений не получало.

Таким образом, у Самарского УФАС России не имелось оснований для принятия мер реагирования в отношении факта распространения рекламы, признанной ненадлежащей, в рамках рассмотрения дела №12773-17/8.

На основании вышеизложенного, Комиссия Самарского УФАС России, рассмотрев материалы дела №12773-17/8, вынесла оспариваемое решение от 05.05.2017 согласно которому, 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, решила:

1. Признать ненадлежащей рекламу компании «Элвес» следующего содержания: «Элвес. От жары избавит*, за 3000р кондиционер ПОСТАВИТ! (изображение кондиционера) и если ты в теме, помни: С ЭЛВЕС СЕКС КОМФОРТНЕЕ!, далее следует изображение обнаженных тел мужчины и женщины, где мужчина лежит на женщине, прикрывая ладонью обнаженную грудь женщины», распространенную на рекламной конструкции на территории г.о. Самара по следующему адресу: пересечение ул. Карбышева и ул. Дыбенко, поскольку она содержит нарушение норм рекламного законодательства, а именно, ч.6 ст.5, ч.11 ст.5, ч.9 ст.19 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать Комитету по наружной рекламе Департамента городского хозяйства и экологии Самарской области 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.

На основании данного решения Управлением 05.05.2017 выдано предписание Департаменту городского хозяйства и экологии Администрации г.о. Самара об устранении выявленного нарушения.

На основании указанного выше решения Управления в отношении ООО «Элвес-Ф» было возбуждено дело об административном правонарушении, ответственность за которое предусмотрена ч.1 ст. 14.3 КоАП РФ.

Во исполнение положений статьи 28.1 КоАП РФ ООО «Элвес-Ф» было извещено определением о возбуждении дела №295-11773-17/8 и проведении административного расследования (исх.4086/8 от 10.05.2017г.) по юридическому адресу лица, что подтверждается отчетом об отслеживании отправления с почтовым идентификатором №44312309053408 с отметкой «получено адресатом 22.05.2017г.».

25.05.2017г. представитель ООО «Элвес-Ф» на составление протокола об административном правонарушении не явился, общество ходатайств не заявляло.

Однако, представлены документы, запрашиваемые антимонопольным органом определением о возбуждении дела №295-12773-17/8 об административном правонарушении.

Копия протокола №295-12773-17/8 об административном правонарушении (исх. №4801/8 от 25.05.2016г.), а также копия определения о назначении времени и места рассмотрения дела об административном правонарушении №295-12773-17/8 (исх.№4791/8 от 25.05.2017г.) направлены по юридическому адресу ООО «Элвес-Ф», что подтверждается отчетом об отслеживании отправления с почтовым идентификатором №44312309348139 с отметкой: «получено адресатом 02.06.2017г.».

08.06.2017г. уполномоченным должностным лицом управления - заместителем руководителя Управления Шабановой М.А., по результатам рассмотрения протокола и

материалов дела №295-11773-17/8, в отсутствие на заседании представителя ООО «Элвес-Ф», с учетом всех материалов вынесено постановление по делу №295-12773-17/8 об административном правонарушении (исх.№361адм-17/8 от 08.06.2017г.), о наложении штрафа в размере 300 000 рублей, общество привлечено к административной ответственности по ч.1 ст. 14.3 КоАП РФ.

Не согласившись с данными решением и постановлением Управления общество обратилось в арбитражный суд.

Судом первой инстанции в обжалуемом решении приведены мотивы и ссылки на нормативно-правовые акты, на основании которых отказано в удовлетворении заявления.

Анализируя и оценивая представленные сторонами в материалы дела доказательства в совокупности, суд апелляционной инстанции приходит к следующему.

В соответствии с п.п. 1, 4 ст. 3 Закона о рекламе реклама - это 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. Ненадлежащей рекламой признается реклама, не соответствующая требованиям законодательства.

В ч. 6 ст. 5 Закона содержится следующий запрет: 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.

Согласно ч. 9 ст. 19 Закона 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.

Ответственность за нарушение требований, установленных частями 2-8 статьи 5 настоящего Закона несет рекламодаделец (ч. 6 ст. 38 Закона о рекламе).

Согласно положениям статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 г. N 38-ФЗ "О рекламе" под рекламоделем признается изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо (пункт 5); ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации (пункт 4).

Как установил суд, Самарским УФАС России с целью установления лиц, являющихся рекламодателями, рекламоделем вышеуказанной рекламы, осуществлены запросы в адрес Департамента городского хозяйства и экологии Самарской области о лицах, которым выдавались разрешения на установку и эксплуатацию рекламной конструкции.

Согласно ответу Департамента городского хозяйства и экологии Самарской области (вх.№2679-з от 17.04.2017г.), установлено, что данная рекламная конструкция является незаконной, так как установлена и эксплуатируется без соответствующего разрешения государственного органа.

В связи с отсутствием разрешения на установку и эксплуатацию рекламной конструкции и сведений о владельце рекламной конструкции Департаментом городского хозяйства и экологии Администрации г.о. Самары составлено предписание на демонтаж данной рекламной конструкции.

Таким образом, принятие мер в отношении рекламной конструкции, размещенной по адресу: г. Самара, ул. Карбышева/Дыбенко, на которой распространялась спорная реклама, относится к компетенции Департамента городского хозяйства и экологии Администрации г.о. Самара.

Самарское УФАС России обоснованно пришло к выводу, что вышеуказанная рекламная конструкция, на которой распространялась спорная реклама, установлена и эксплуатируется незаконно.

В ходе рассмотрения дела в Самарском УФАС России ООО «Элком», а также ООО «Элвес-Ф» отрицали факт причастности к распространению рассматриваемой антимонопольным органом рекламы с использованием товарного знака «Элвес».

Также в ходе судебного разбирательства ООО «Элвес-Ф» в обеих инстанциях ссылались на то, не имеет отношение к спорной рекламе, не является рекламодателем, ссылаясь, что таковым является ООО «Элкат». В свою очередь ООО «Элкат» поддержало позицию заявителя, указало, что именно оно, а не ООО «Элвес-Ф» является рекламодателем.

Суд апелляционной инстанции соглашается с выводом суда первой инстанции о необоснованности доводов заявителя, при этом исходит из следующего.

Рекламодателем указанной рекламы, то есть лицом, определившим объект рекламирования и содержание рекламы, обоснованно признано ООО «Элвес-Ф».

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.

В соответствии с пунктом 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 рекламной конструкции на территории г.о. Самара по адресу: г. Самара, ул. Карбышева/Дыбенко 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 неопределённому 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 компании «Элвес» и рекламируемому объекту (услуге) и его продвижению на рынке.

В рассматриваемой рекламной информации объектом рекламирования выступают услуги и товары, реализуемые под товарным знаком «Элвес», а также компания «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 рекламой условиях.

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 исследован товарный знак «Элвес», который также размещен на сайте (<http://elves.ru/>).

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».

Кроме того, ООО «Элвес-Ф» представило на рассмотрении дела договор подряда от 16.03.1995г., согласно которому Федотов К.Г. «Заказчик» поручает Лукьянову О.В. «Исполнитель» оказать услуги по разработке фирменного стиля, который включает логотип, товарный знак, фирменный бланк, визитка, стилизованное написание слова «Элвес» (буква «Эл» заключены в эллипс).

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 ООО «Элвес-Ф» 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, 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.

Кроме того, в рекламном материале под изображением товарного знака «Элвес» указан сайт в сети Интернет - ЭЛВЕС.РФ.

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 elves.ru с 11.02.2015г. и по настоящее время является ООО «Элвес-Ф» (ИНН: 6317091008, адрес места нахождения: 443099, г. Самара, ул. Алексея Толстого, д.9, ком.19, почтовый адрес: 443080, г. Самара, Московское шоссе, д.21), что подтверждается договором №2260117/NIC-D, оформленным путем акцепта публичной оферты 09-FEB-2015.

Специалистами Самарского УФАС России также установлено, что товарный знак «Элвес» используется также на официальном сайте ООО «Элвес-Ф».

Самарским УФАС России осуществлен осмотр сайта в сети Интернет <http://elves.ru/> (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 (<http://elves.ru/>) в разделах «Главная», «О компании», «Контактная информация» зафиксировано изображение фотоматериала, идентичного рекламной информации, распространяемой на рекламных щитах.

Кроме того, в разделе «Новости» размещена информация про акцию: «Элвес от жары избавит*, ЗА 3000р кондиционер поставит!», которая является объектом рекламирования в спорной рекламе, распространяемой на территории г.о. Самара.

Таким образом, потенциальный потребитель (клиент), который захочет воспользоваться услугами компании «Элвес» заходя на вышеуказанный сайт будет идентифицировать полученную информацию с компанией «Элвес».

Как указывает Управление, на рассмотрении дела 14.04.2017г. 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. Федотов К.Г.

Кроме того, в разделе «контактные данные», на сайте elves.ru, указаны номера телефонов климатического отдела: «8(846)928-33-33», «8(846)270-37-70» которые также содержатся в рассматриваемой рекламе, а также адреса магазинов, а именно, г. Самара, Московское шоссе, д.21, проспект Ленина, 14.

На основании установленного факта, Самарским УФАС России были осуществлены запросы в адрес ПАО «Вымпел-Коммуниции» (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 «8(846)928-33-33», «8(846)270-37-70», 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 8(846)928-33-33, 8(846)270-37-70 заключены с ООО «Элвес-Ф» и подписаны гр. Федотовым К.Г., являющимся директором Общества.

Согласно письменным пояснениям директора ООО «Элвес-Ф» Федотова К.Г. факт принадлежности вышеуказанных номеров ООО «Элвес-Ф» подтвержден Обществом, 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.

Самарским УФАС России также была проведена проверка информации, касающейся адресов, указанных в рекламной информации, а так же на официальном сайте <http://elves.ru/>.

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, д.14, является гр. Федотов К.Г. (директор ООО «Элвес-Ф») (площадь помещения, согласно выписке из ФГИС ЕГРН составляет 583.8 кв.м.). Арендатором является ООО «Элвес» (ИНН 6367651304), однако согласно сведениям из ЕГРЮЛ ООО «Элвес» прекратило свою деятельность 25.05.2016г.

Кроме того, ГКУ СО «Центр размещения рекламы» представлена выписка из ЕГРП на недвижимое имущество и сделок с ним, согласно которой установлено, что правообладателем нежилого здания (кадастровый номер 63:01:0643001:259), расположенного по адресу г. Самара, Московское шоссе, д.21, является гр. Федотов К.Г. (директор ООО «Элвес-Ф»).

Учитывая изложенное, исходя из совокупности элементов рекламного материала, суд верно указал, что смысловая нагрузка рекламы 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».

Судом правомерно отклонены ссылки ООО «Элвес-Ф» на то, что оно не является рекламодателем спорной рекламы, так как не заключало договоров на изготовление и распространение спорной рекламы.

Согласно п.2 статьи 3 ФЗ «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

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

Из приведенного определения следует, что статус лица как рекламодача не связан исключительно с наличием или отсутствием договорных отношений с рекламодателем или рекламопроизводителем, а также с присутствием либо с отсутствием записи в ЕГРЮЛ в перечне видов экономической деятельности «рекламная деятельность».

Целями Закона о рекламе является развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы (статья 1 Закона о рекламе).

Исходя из названных норм Закона о рекламе в их системной взаимосвязи, а также учитывая содержание в спорной рекламе информации об услугах, товарах рекламируемых под товарным знаком «Элвес», адресов, телефонов, Интернет сайта, размещение и распространение спорной рекламы осуществлено в интересах ООО «Элвес-Ф» в целях продвижения на товарном рынке оказываемых им услуг.

ООО «Элвес-Ф» является субъектом, в интересах которого распространялась реклама.

Содержание рекламы - это ее внутреннее наполнение, смысл информации, образный ряд, качество и манера изображения. Рекламодатель - профессионал. Это обязывает его к знанию всех законов и требований к построению рекламного сюжета и виду используемого материала. Именно рекламодатель, являющийся изготовителем или продавцом товара, осведомлен о свойствах и качестве товара (услуги) и он сам одобряет содержание рекламы. Только лицо, оказывающее соответствующие услуги и, соответственно, обладающее специальными познаниями в данной области, может обладать достоверной информацией относительно свойств данного товара (услуги).

Исходя из этого, законодательство устанавливает презумпцию вины рекламодача по отношению к другим субъектам рекламной деятельности (рекламопроизводителю и рекламодателю) при нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе в части содержания информации, предоставляемой для создания рекламы.

Таким образом, в первую очередь именно рекламодатель обязан предоставить для последующего распространения рекламы надлежащую информацию, содержание которой соответствует требованиям законодательства о рекламе.

Кроме того, учитывая местонахождение наружной рекламы общество не могло не знать о её существовании, но каких-либо действий по устранению ненадлежащей рекламы с указанных выше щитов с момента начала распространения ненадлежащей рекламы

Общество не приняло, в контрольные органы не обращалось, в связи с чем, довод ООО «Элвес-Ф» о том, что данное Общество не является рекламодателем, не может учитываться судом при рассмотрении судебного дела.

С учетом оценки совокупности представленных в дело доказательств, суд правомерно отклонил довод заявителя об отсутствии в материалах дела доказательств, подтверждающих факт того, что ООО «Элвес-Ф» является рекламодателем рассматриваемой рекламы.

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

Из приведенного определения следует, что статус лица как рекламодателя не связан исключительно с наличием или отсутствием договорных отношений с рекламораспространителем или рекламопроизводителем, а также с присутствием либо с отсутствием записи в ЕГРЮЛ в перечне видов экономической деятельности «рекламная деятельность».

Целями Закона о рекламе является развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы (статья 1 Закона о рекламе).

Исходя из названных норм Закона о рекламе в их системной взаимосвязи, а также учитывая содержание в спорной рекламе информации об услугах, товарах рекламируемых под товарным знаком «Элвес», адресов, телефонов, Интернет сайта, размещение и распространение спорной рекламы осуществлено в интересах ООО «Элвес-Ф» в целях продвижения на товарном рынке оказываемых им услуг.

Суд апелляционной инстанции соглашается с выводом суда первой инстанции о том, что именно ООО «Элвес-Ф» является субъектом, в интересах которого распространялась реклама.

Правовой режим средств индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий регулируется гл.76 ГК РФ.

Основной целью гражданско-правовой индивидуализации юридических лиц является обособление юридического лица среди субъектов гражданских правоотношений.

Основная функция средства индивидуализации - выделить объект или субъект из общей массы однородных объектов или субъектов. Средства индивидуализации юридических лиц - это нематериальные объекты, которые представляют различные обозначения (словесные, изобразительные, звуковые и т.п.), позволяющие выделить лицо, его товар, работу или услугу из числа им подобных. Иными словами, можно четко сказать, что средства индивидуализации юридического лица - это различные способы, позволяющие выделить одно юридическое лицо из множества других.

Признаки юридического лица:

организационное единство (юридическое лицо представляет собой организацию, которая имеет самостоятельный правовой статус, отделенный от правового статуса создавших или входящих в нее участников (учредителей));

имущественная обособленность (имущество организации должно быть обособлено от имущества любых иных лиц, в том числе от ее учредителей (участников));

самостоятельная имущественная ответственность (по своим обязательствам по своим долгам юридическое лицо отвечает только принадлежащим ему имуществом);

участие в гражданском обороте от своего имени (юридическое лицо от своего имени может приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права и обязанности, т.е. выступать в гражданских правоотношениях в качестве самостоятельного субъекта права, в том числе в качестве истца и ответчика в суде).

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).

Статья 1477 ГК РФ определяет товарный знак как обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей, на которое признается исключительное право, удостоверяемое свидетельством на товарный знак (ст.1481 ГК РФ).

По смыслу гражданского законодательства индивидуализирующая функция фирменного наименования (в отличие от товарного знака) как объекта исключительных прав никак не связана с его графическим обозначением. Таким образом, коммерческая организация обладает правом использования своего фирменного наименования вне зависимости от способа его написания (шрифт, регистр). Однако, сходным до степени смешения слова с фирменным наименованием общества признаются, если буквы в них различаются только регистром.

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).

Суд верно указал, что 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.

Таким образом, совокупность элементов, индивидуализирующих ООО «Элвес-Ф», как рекламодателя, прямо прослеживается в содержание рекламы, а именно:

номера телефонов, которые зарегистрированы на ООО «Элвес-Ф» и по которым при звонке специалисты представляются «Элвес» (упоминания о ООО «Элкат» отсутствуют);

адреса местонахождения магазинов, помещений, которые находятся в собственности директора ООО «Элвес-Ф» Федотова К.Г., и по которым ООО «Элвес-Ф» фактически осуществляет свою деятельность;

доменное имя сайта elves.ru, которое также является индивидуализирующим признаком юридического лица;

обозначение лица «Элвес», в совокупности с другими сведениями содержащимися в рекламе, формируют у потребителя ассоциацию о лице, рекламирующем товары и услуги.

Учитывая изложенное, информация содержащаяся в рекламном материале направлена на индивидуализацию одного юридического лица — ООО «Элвес-Ф».

Какая-либо информация с упоминанием такого юридического лица, как ООО «Элкат» отсутствует.

При этом потребитель не сможет провести ассоциацию содержания рекламы непосредственно с этим обществом, поскольку ООО «Элкат» не является лицом, информация о котором и о деятельности которого является общедоступной, информативной и полной, данное лицо не имеет свой сайт. Более того, на сайте elves.ru не содержится какой-либо информации о данном лице и его видах деятельности, а также какой-либо информации о его ассортименте товаров, работ и услуг.

Также следует отметить, что на здании ТЦ «Элвес» располагающегося по адресу: г. Самара, Московское шоссе, 21, принадлежащего директору ООО «Элвес-Ф» Федотову К.Г. размещена конструкция в виде товарного знака «Элвес», более того указаны виды товаров, реализуемых лицом, индивидуализируемым себя под товарным знаком «Элвес» - торговое оборудование, кондиционеры, отопление.

Таким образом, потребители рекламы при просмотре сведений, содержащихся в рекламе, индивидуализируют ее с ООО «Элвес-Ф».

Довод ООО «Элкат» о том, что Общество арендует у ООО «Элвес-Ф» помещение в ТЦ «Элвес» по адресу: г. Самара, Московское шоссе, 21, а также в магазине «Элвес» по адресу: г. Самара, проспект Ленина, 14 в связи с чем использует товарный знак «Элвес», в целях обозначения местонахождения лица, как правильно указал суд, не является доказательством, подтверждающим, что ООО «Элкат» является рекламодателем и лицом в чьих интересах распространяется спорная реклама.

Вышеуказанные договоры субаренды не дают право ООО «Элкат» использовать результат интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации другого юридического лица, в том числе для обозначения местонахождения лица.

Статус лица как рекламодателя не связан исключительно с наличием или отсутствием договорных отношений с рекламодателем или рекламопроизводителем. Данная позиция подтверждается судебной практикой, в частности судебными актами по делам: №А19-542/10, №ВАС-667/11, №А19-10059/2012, №А63-12713/2013, №А55-12927/2015, А63-480/2016.

Комиссия Самарского УФАС России, изучив материалы дела №12773-17/8, обосновано пришла к выводу о том, что именно ООО «Элвес-Ф» является рекламодателем указанной рекламы, то есть лицом, которое определило объект рекламирования и содержание рекламы.

При этом признаки нарушения рекламного законодательства в действиях ООО «Элкат» не подтвердились ввиду отсутствия надлежащих доказательств наличия в действиях ООО «Элкат» признаков нарушения рекламного законодательства.

Реклама, указанная выше, признана ненадлежащей по основаниям и с учетом доказательств, изложенных в Решении Комиссии Самарского УФАС России по делу №12745-17/8 от 28.04.2017г., а именно, установлено нарушение части 6 статьи 5, части 11 статьи 5 (выразившееся в нарушение требований, предусмотренных пунктом 7 части 2, пунктом 3 части 3 статьи 5 ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию»), части 9 статьи 19 ФЗ «О рекламе».

Судебная коллегия соглашается с выводом суда первой инстанции о том, что распространение подобного рода рекламы является неприемлемым фактом.

Комиссия Самарского УФАС России, изучив материалы дела №12773-17/8, пришла к выводу о том, что именно ООО «Элвес-Ф» является рекламодателем указанной рекламы, то есть лицом, которое определило объект рекламирования и содержание рекламы, что подтверждается доказательствами, указанными в решении по делу №12773-17/8 и в постановлении по делу №295-12733-17/8, а именно, использование товарного знака ООО «Элвес-Ф» оформленного на Общество, номера телефонов, адреса магазинов (помещения магазинов в собственности), сайт в сети Интернет, принадлежат ООО «Элвес-Ф» и директору ООО «Элвес-Ф» Федотову К.Г.

Кроме того, все юридические лица, участвующие в рассмотрении дела взаимосвязаны между собой, а именно, действуют в интересах ООО «Элвес-Ф».

ООО «Элкат» заинтересовано в распространении подобного рода рекламы в интересах ООО «Элвес-Ф», что подтверждается следующими обстоятельствами.

В рассматриваемой рекламе с использованием товарного знака «Элвес» присутствовало указание на сайт (<http://elves.ru/>).

Самарским УФАС России было установлено, что данный сайт принадлежит ООО «Элвес-Ф».

Довод ООО «Элвес-Ф», что вышеуказанный сайт был сдан в аренду ООО «Элкат» по договору субаренды помещения не является доказательством того, что сайте <http://elves.ru/> использовался ООО «Элкат» для размещения своей информации. Кроме того, в материалы дела не представлены акты передачи права пользования сайтом, передачи пароля и логина, отсутствуют соглашения по размещению той или иной информации.

Потребители рекламы, а также потенциальные клиенты компании «Элвес», зайдя на сайт, не могут разграничить информацию ООО «Элкат», ООО «Элвес-Ф», так как вся информация на сайте представлена как общая информация об одном лице, индивидуализирующим себя товарным знаком «Элвес», а именно, ООО «Элвес-Ф», упоминаний о таком юридическом лице, как ООО «Элкат», ровно как и о других лицах, не имеется.

Кроме того, в разделе «Новости» размещена информация исключительно об организации индивидуализируемой обозначением и товарным знаком «Элвес», об акциях, скидках, награждениях, мероприятиях, проводимых с участием «Элвес». Одной из таких новостей является статья «Развивайте себя и бизнес вместе с Элвес!» от 31.08.2017г., согласно которой АО «ЮнитКредитБанк» которое является партнером компаний «Элвес» организовывало семинар для предпринимателей.

Одним из спикеров выступил заместитель директора организации, индивидуализируемой обозначением и товарным знаком «Элвес» Кунафин Илья Равитович. Как следует из статьи, в процессе проведения семинара он подробно рассказал, какими преимуществами обладает программа «Свободная касса», каким образом проходит процесс бесплатного получения контрольно-кассовой техники в магазине «Элвес», а также ответил на многие вопросы, в том числе по ценообразованию и срокам исполнения работ, что подтверждается актом осмотра сайта от 13.10.2017г.

Кроме того, в разделе «Вопросы-ответы» на сайте <http://elves.ru/> посетители сайта оставляют вопросы, на которые отвечают сотрудники организации, индивидуализируемой обозначением и товарным знаком «Элвес», в том числе директор ООО «Элвес-Ф», а также заместитель директора ООО «Элвес-Ф» Кунафин И.Р.

Данные обстоятельства подтверждаются актами осмотра сайта от 10.10.2017г.

На основании вышеизложенного, директор ООО «Элкат» Кунафин И.Р., по совместительству является заместителем директора ООО «Элвес-Ф» и действует в интересах ООО «Элвес-Ф».

Так же судом правомерно учтены следующие обстоятельства из объяснений Управления.

В рамках рассмотрения дел №12776-17/8, №12843-17/8 Самарским УФАС России была изучена рекламная конструкция, находящаяся в непосредственной близости от ТЦ «Элвес» по адресу Московское шоссе, 21.

Рекламная конструкция, установленная по адресу: г. Самара, Московское шоссе, 21 (около ТЦ «Элвес»), размещена в непосредственной близости от здания принадлежащего ООО «Элвес-Ф», и оборудована автономным освещением, о чем свидетельствует кабель подключенный к зданию ТЦ «Элвес», через который осуществляется подача электроэнергии для освещения данной рекламной конструкции Самарским УФАС России был осуществлен запрос в адрес АО «ССК» (исх. №5214/8 от 05.06.2017г.).

Согласно представленному ответу (вх.№5132-з от 22.06.2017г.) АО «ССК» сообщает, что в отношении объектов, расположенных по адресу: г. Самара, Московское шоссе, 21, 06.07.2015г. заключен договор оказания услуг по передаче электрической энергии №10018507/6916 с ЗАО «Самараэнергосбыт» по двум точкам поставки (договор представлен в материалы дела).

Кроме того, представлен акт разграничения балансовой принадлежности и эксплуатационной ответственности между ООО «Элвес-Ф» и ЗАО «СГЭС», акт №1058-С о разграничении имущественной (балансовой) принадлежности электрических сетей (электроустановок) и эксплуатационной ответственности между АО «ССК», ООО «Ленинград», и ООО «Элвес-Ф». Согласно вышеуказанным актам, установлено, что за вводно-распределительное устройство (ВРУ) отвечает ООО «Элвес-Ф».

Вышеуказанные акты подписаны со стороны ООО «Элвес-Ф» заместителем директора Общества – Кунафиным И.Р. на основании Устава Общества, который также является директором ООО «Элкат», гр. Кунафин И.Р. является директором ООО «Элкат», что подтверждается выпиской из ЕГРЮЛ на ООО «Элкат».

Кроме того, согласно ответу АО «ССК» от 02.06.2017г. (исх.№5470), вышеуказанная рекламная конструкция подключена из-под электроустановки потребителя ООО «Элвес-Ф», электроснабжение которого осуществляется в соответствии с заключенным договором №14-466.

Самарским УФАС России также были осуществлены запросы в адрес Межрайонной инспекции ФНС России №18 по Самарской области (исх.№12316/8 от 12.10.2017г.), а также в Пенсионный фонд РФ по Самарской области (исх.№12236/8 от 11.10.2017г.).

Согласно представленным ответам гр. Кунафин И.Р. является должностным лицом ООО «Элвес-Ф», так как в 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 гг. работодатель в лице ООО «Элвес-Ф» производил пенсионные отчисления, страховые взносы за должностное лицо — Кунафина И.Р.

Таким образом, гр. Кунафин И.Р. является должностным лицом ООО «Элвес-Ф», а также ООО «Элкат» и ООО «Элком», который действует как в интересах ООО «Элвес-Ф», так и ООО «Элкат» и ООО «Элком».

Признаки нарушения рекламного законодательства в действиях ООО «Элкат» не подтвердились ввиду отсутствия надлежащих доказательств наличия в действиях ООО «Элкат» признаков нарушения рекламного законодательства.

Реклама, указанная выше, признана ненадлежащей по основаниям и с учетом доказательств, изложенных в Решении Комиссии Самарского УФАС России по делу №12745-17/8 от 28.04.2017г. (№А55-12371/2017), а именно, установлено нарушение части 6 статьи 5, части 11 статьи 5 (выразившееся в нарушение требований, предусмотренных пунктом 7 части 2, пунктом 3 части 3 статьи 5 ФЗ «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию»), части 9 статьи 19 ФЗ «О рекламе».

Использование образов мужчины и 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.

На рассмотрении дела представители лиц, участвующих в деле, высказали свое мнение по отношению к такому роду рекламной информации. Представитель ГКУ «ЦРР» пояснил, что такая реклама недопустима к распространению в общественных местах, представитель Департамента городского хозяйства и экологии Администрации г.о. Самара пояснил, что распространение данной рекламы может негативно повлиять на любую категорию граждан, так как наше государство является многоконфессиональным. 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.

Таким образом, реклама противоречит традиционным нравственным ценностям и унижает человеческое достоинство, 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, для оценки рекламы не требуется проведения каких-либо экспертиз специалистами, обладающими специальными познаниями, достаточно произвести оценку потребителями рекламы, что подтверждается сложившейся судебной практикой, указанной судом выше, а также судебными актами по делам № А43-24029/2011, №А57-8254/2013.

В данном случае суд правомерно исходил из самостоятельной оценки содержания спорной рекламы, а также принял во внимание, что в данном деле в рамках оценки потребителями выступили:

1. Многочисленные граждане, органы государственной власти, обратившиеся в адрес антимонопольного органа с заявлениями.

2. Экспертный совет при Самарском УФАС России.

Управление при принятии оспариваемых решения и постановления исходила из имеющихся у него материалов, в частности материалов дела №12745-17/8. Аналогичная по содержанию реклама следующего содержания: «Элвес. От жары избавит*, за 3000р кондиционер ПОСТАВИТ! (изображение кондиционера) и если ты в теме, помни: С ЭЛВЕС СЕКС КОМФОРТНЕЕ! далее следует изображение обнаженных тел мужчины и женщины, где мужчина лежит на женщине прикрывая ладонью обнаженную грудь женщины» оценивалась членами Экспертного совета при Самарском УФАС России.

Доводы членов Экспертного совета при Самарском УФАС России, изложенные в ответах на запрос Самарского УФАС России, были резюмированы в протоколе заочного голосования от 13.04.2017г.

В связи с тем, что ООО «Элвес-Ф» в своей рекламной компании использует непристойные и оскорбительные образы, а именно, изображение обнаженных тел мужчины и женщины, где мужчина лежит на женщине прикрывая ладонью обнаженную грудь женщины, которые уже были признаны ненадлежащими и подверглись оценке потребителями рекламы в лице членов Экспертного совета при Самарском УФАС России по делу №12745-17/8, Самарским УФАС России было принято решение не направлять повторные запросы в адрес членов Экспертного совета.

Таким образом, управление обоснованно приняло во внимание мнение потребителей рекламы, которыми выступили члены Экспертного Совета при Самарском УФАС России, выразившие свое мнение в отношении рекламы ООО «Элвес-Ф» с использованием части изображения по делу №12745-17/8, а именно, изображения образов мужчины и женщины.

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.

Согласно п. 7.23. Положения о территориальном органе Федеральной антимонопольной службы, утв. Приказом ФАС РФ от 23.07.2015 № 649/15 (ред. От 15.03.2016г.). территориальный орган имеет право создавать совещательные и экспертные органы (советы, комиссии, группы) в установленной сфере деятельности.

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.

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

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.

Суд апелляционной инстанции полагает, что изображение на рассматриваемой рекламе в сопровождении употребляемого текста рекламы с использованием слова «секс» и их расположение на рекламном поле воздействует на потребителя рекламы путем формирования определенной модели поведения, провозглашая секс в качестве мотива, превалирующего над какими-либо общепризнанными правилами поведения, установленными и применяемыми в обществе. При этом, в рекламном поле слово "секс" занимает большую часть, выделено наряду с наименованием компании Элвес большим шрифтом относительно иного текста, в связи с чем, воспринимается как акцент на данную мотивацию.

Использованные слова (словосочетание), в совокупности с их визуальным восприятием формируют внимание потребителей не только к объекту рекламирования, но и а собственно к слову "секс"; реклама не содержит никаких сведений о характеристиках, качестве, либо иных потребительских свойствах рекламируемого товара; использованное в рекламе слово "секс" в совокупности с изображением мужчины и женщины в соответствующей позе крупным планом оскорбляет достоинство людей, так как в соответствии с общепринятыми нормами морали российского общества секс не признается основным побудительным мотивом общества, ориентированным на иные общечеловеческие ценности и правила общежития.

В результате противопоставления секса, как побудительного мотива, определяющего поведение человека, общепринятым в социальном обществе правилам, базовым ценностям общества, возникает этически неприемлемый и оскорбительный смысл рекламного сообщения.

Более того, спорная реклама была доступна для всех без исключений категорий населения, в том числе, несовершеннолетних лиц, которые, по морально-этическим устоям общества Российской Федерации должны быть ограничены от влияния подобной рекламы, создающей у данной группы населения неправильное представление о половой жизни, о взаимоотношении полов, формирующей потребительское отношение к сексу, связанное лишь с желанием проявить и удовлетворить половые влечения.

Оценив в порядке ст. 71 АПК РФ представленные в материалы дела доказательства, в их совокупности, суд верно указал, что при решении вопроса об отнесении тех или иных слов или словосочетаний к числу оскорбительных (то есть способных причинить обиду) специальных знаний не требуется, и что данные обстоятельства как психологическая реакция людей на восприятие образов и словосочетаний, содержащихся в рекламе, которая совокупностью воздействующих факторов формирует у потребителей

соответствующее восприятие этой рекламы как оскорбительной, непристойной подтверждена соответствующими обращениями в управление ряда граждан с жалобами, государственных и муниципальных органов.

Довод ООО «Элвес-Ф» о том, что подобного рода рекламу с использованием товарного знака «Элвес» размещают некие злоумышленники в целях нанести вред деловой репутации фирме ООО «Элвес-Ф», суд правомерно отклонил.

Суд, изучив дополнительно представленные материалы дела №12745-17/8, а также судебного дела №А55-9065/2017 (по иску ООО «Элвес-Ф» к ООО «Элкат» о прекращении незаконного использования товарного знака), А55-31214/2016 (по иску ООО «Ленинград» к ГКУ СО «ЦРР» по обжалованию предписания №01-0205/2016 от 07.11.2016г. о демонтаже незаконно установленных и (или) эксплуатируемых рекламных конструкций, выданного ГКУ СО «ЦРР») правомерно указал следующее.

Самарским УФАС России 28 марта 2017г. определением о возбуждении дела №12745-17/8 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении ООО «Элвес-Ф», ООО «Элком» возбуждено дело. Данное определение получено лицами, участвующими в деле, что подтверждается почтовыми уведомлениями, а именно, ООО «Элвес-Ф» получило определение 06.04.2017г., также как ООО «Элком», ООО «Ленинград».

Таким образом, 06.04.2017г. ООО «Элвес-Ф» могло установить факт размещения вышеуказанной рекламы от Самарского УФАС России.

Однако, из содержания жалоб граждан, поступивших в антимонопольный орган, а также в другие органы власти, а также информации размещенной в сети Интернет на официальном сайте ООО «Элвес-Ф» (elves.ru) и страницах в социальной сети «вконтакте» (https://vk.com/samara_elves_ru), аккаунте социальной сети - «Твиттер» (@ElvesSamara) ООО «Элвес-Ф» обладало информацией о размещении спорной рекламы в марте 2017г., что подтверждается:

заявлениями гр. Дианы Р. (вх.№185-гр от 09.03.2017г.), гр. Горбунова Г. (вх.№1453 от 09.03.2017г.), гр. Соларёва Аркадия (вх.№189-гр от 10.03.2017г.), гр. Федотовой Т.И. (вх.№198-гр от 14.03.2017г.), гр. Хамадеевой М.Ю. (вх.№193-гр от 14.03.2017г.), гр. Парамонова А.В. (вх.№225-гр от 22.03.2017г.), гр. Иванова В.Г. (вх.№226-гр от 22.03.2017г.), гр. Гусевой А.М. (вх.№229-гр от 22.03.2017г.), гр. Шустовой Е.В. (вх.№250-гр от 24.03.2017г.), гр. Рашуплина П.В. (вх.266-гр от 29.03.2017г.), гр. Халикова Я.Р. (вх.№256-гр от 27.03.2017г.), гр. Бабанова Александра (вх.№269-гр от 29.03.2017г.), гр. Кораблиной Н. (вх.№267-гр от 29.03.2017г.), гр. Жегалиной С.В. (вх.№282-гр от 31.03.2017г.), гр. Силина Виталия (вх.№306-гр от 06.04.2017г.), гр. Шустовой Е.В. (вх.№333-гр от 18.04.2017г.), гр. Бондаренко М.С. (вх.№384-гр от 11.05.2017г.), Общественной палаты Самарской области по устным обращениям граждан г. Самары (вх.№1733 от 20.03.2017г.), (вх.№1862 от 22.03.2017г.), гр. Акчурина Р.З. (вх.№289-гр от 03.04.2017г.), гр. Мельниковой Л.В. (вх.№294-гр от 03.04.2017г.), ГКУ СО «ЦРР» (вх.№1565 от 12.03.2017г.).

Следует отметить, что факт распространения указанной выше рекламы, как указывает Управление, был зафиксирован актом фиксации распространения рекламы Самарским УФАС России от 10.03.2017г. на рекламных щитах по адресам: г. Самара, пересечение ул. Ленина/ ул.Первомайская, а также Московское шоссе/ул. Советская Армия (ост. Телецентр).

Кроме того, в сети Интернет по адресу <http://progorodsamara.ru/news/view/192286/%D0%9%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%B2%D0%B8%D0%BB%D0%B8>) на информационном портале ProGorodSamara.ru размещена статья от 15.05.2017г. с интервью директора ООО «Элвес-Ф» Федотова К.Г., согласно которой Федотов К.Г. пояснил, что рекламная компания осуществлена фирмой-партнером, с которой Общество тесно сотрудничает. Данная реклама имела положительную отдачу, выраженную в рублях.

При таких обстоятельствах довод ООО «Элвес-Ф» о том, что Общество не обладало информацией о факте размещения на улицах г.о. Самара является несостоятельным, так как, учитывая местонахождение рекламных щитов (непосредственная близость от адресов, по которым располагаются магазины «Элвес»), учитывая размещение аналогичной информации на официальном сайте и страницах, аккаунтах в социальных сетях Общество не могло не знать о факте распространения рекламного материала.

Таким образом, довод ООО «Элвес-Ф» о том, что Общество узнало о распространении данной рекламы только из определения о возбуждении дела №12745-17/8 Самарского УФАС России, является также несостоятельным.

Как верно указал суд, ООО «Элвес-Ф» фактически стало известно о распространении рассматриваемой рекламы с 03.03.2017г. (дата размещения информации, аналогичной по содержанию со спорной рекламой, на официальном сайте ООО «Элвес-Ф» www.elves.ru).

Согласно определению о возбуждении дела председателем комиссии Самарского УФАС России было назначено рассмотрение дела на 12.04.2017г., однако, на рассмотрение дела представители ООО «Элвес-Ф» не явились, также как представители ООО «Элком», ООО «Ленинград».

07.04.2017г. ООО «Элком» предоставило письменные пояснения (вх.№2421-з от 10.04.2017г.), подписанные от имени директора Общества гр. Кунафиным И.Р., согласно которым Общество отказывается от причастности к размещенной в г. Самара рекламе, при этом, в своих пояснениях не указало сведения о лице, являющемся рекламодателем, рекламораспространителем, рекламопроизводителем, фактически обладая данной информацией (гр.Кунафин И.Р. согласно выпискам из ЕГРЮЛ является директором ООО «Элком», ООО «Элкат», а также должностным лицом ООО «Элвес-Ф»), что подтверждается приложенными материалами.

07.04.2017г в адрес антимонопольного органа поступили также письменные пояснения ООО «Элвес-Ф» (вх.№2422-з от 10.04.2017г.) аналогичного содержания. При этом ООО «Элвес-Ф» также не сообщает, кто, по мнению Общества, является рекламодателем и рекламораспространителем спорной рекламы, фактически обладая данной информацией (гр. Кунафин И.Р. является должностным лицом ООО «Элвес-Ф», а именно, заместителем директора Общества и по совместительству директором ООО «Элкат»).

В связи с неявкой лиц на заседание, Комиссия Самарского УФАС России была вынуждена отложить рассмотрение дела №12745-17/8 и назначить новую дату заседания Комиссии 14.04.2017г., уведомила лиц, участвующих в деле, посредством телеграммы.

13.04.2017г. ООО «Элвес-Ф» подает исковое заявление в Арбитражный суд Самарской области в отношении ООО «Элком», ООО «Ленинград» о прекращении незаконного использования товарного знака (№А55-9065/2017).

При этом необходимо отметить, что директор ООО «Элвес-Ф» Федотов К.Г. является учредителем ООО «Ленинград», а директор ООО «Элком» - Кунафин И.Р. является заместителем директора ООО «Элвес-Ф».

Таким образом, юридические лица ООО «Элвес-Ф», ООО «Элком», ООО «Ленинград», ООО «Элкат» образуют группу лиц, согласующих свои действия.

Действия по обращению в Арбитражный суд Самарской области о незаконном использовании товарного знака были осуществлены лишь после того, как антимонопольным органом возбуждено дело №12745-17/8 в отношении ООО «Элвес-Ф» и отложено рассмотрение дела на 14.04.2017г., однако, как было установлено выше, еще с 03.03.2017г. ООО «Элвес-Ф» обладало информацией об использовании товарного знака, однако, никаких действий в отношении лиц, осуществляющих такое использование, не предпринимало.

20.04.2017г. данное исковое заявление было оставлено без движения, в связи с тем, что Обществом не представлены доказательства об уплате государственной пошлины (оставлено без движения до 22.05.2017г.).

17.05.2017г. согласно материалам дела №А55-9065/2017 представлен документ подтверждающий уплату государственной пошлины.

23.05.2017г. Арбитражным судом Самарской области вынесено определение о принятии заявления и подготовке дела к судебному разбирательству и назначено предварительное судебное заседание на 06.07.2017г.

06.07.2017г. ООО «Элвес-Ф» заявлено устное ходатайство о замене ответчика ООО «Элком» на ООО «Элкат», а также устное ходатайство о предоставлении времени для подготовки письменного, мотивированного ходатайства о замене ООО «Элком» и предоставлении дополнительных доказательств. Данное ходатайство удовлетворено судом, предварительное судебное заседание отложено на 28.07.2017г.

21.07.2017г. в Арбитражный суд Самарской области поступает письменное ходатайство ООО «Элвес-Ф» о замене ненадлежащего ответчика ООО «Элком» на ООО «Элкат».

Согласно определению Арбитражного суда Самарской области по делу №А55-9065/2017 от 28.07.2017г. имеется ссылка на письменные пояснения ООО «Ленинград» по делу №12745-17/8, согласно которым реклама с аналогичным содержанием и использованием товарного знака «Элвес» размещается ООО «Элкат».

Ходатайство о замене ненадлежащего ответчика надлежащим судом удовлетворено, назначено судебное заседание на 18.09.2017г.

18.09.2017г. стороны на заседание не явились, заявлено письменное ходатайство ООО «Элвес-Ф» об отложении судебного заседания. Ходатайство удовлетворено, назначена новая дата рассмотрения дела 18.10.2017г.

Таким образом, ООО «Элвес-Ф» обращается в Арбитражный суд Самарской области за защитой своих прав только лишь после того, как антимонопольным органом было возбуждено дело №12745-17/8, однако, Общество и ранее было известно об использовании данными лицами товарного знака «Элвес».

Кроме того, со стороны ООО «Элвес-Ф» происходит фактическое затягивание рассмотрения дела, так как Обществу было ранее известно о том, что ООО «Элкат», ООО «Элком» осуществляют свою деятельность в помещениях, принадлежащих ООО «Элвес-Ф», и используют товарный знак, но действия как по подаче искового заявления, так и осуществления процессуальных прав истца, а также фактические действия, направленные на замену ненадлежащего ответчика, осуществлялись с существенным затягиванием срока их совершения. Так, фактическая замена ненадлежащего ответчика была осуществлена только 28.07.2017г., то есть по истечении 3,5 месяцев с момента подачи первичного искового заявления в суд.

Кроме того, суд учитывает, что в отличие от других правообладателей при действительном нарушении прав на товарный знак, в первую очередь обращаются и используют право на обращение в антимонопольный орган на предмет незаконного использования товарного знака и нарушения закона о конкуренции в целях последующего привлечения виновных лиц к административной ответственности в виде значительных сумм штрафа.

Однако ООО «Элвес-Ф» избрало иной путь, не прибегая к способам защиты права, влекущим негативные имущественные последствия для ООО «Элкат».

Таким образом, как верно указал суд, ООО «Элвес-Ф» фактически не против данного использования, так как ООО «Элкат», ООО «Элком» действуют в интересах ООО «Элвес-Ф», которое и является конечным и действительным рекламодателем.

Исходя из изложенного, судом верно указано на недопустимость ситуации, которая позволяет путем совершения согласованных действий и использованием институтов гражданско-правовых отношений избегать ответственности лицу, который в действительности является рекламодателем.

На основании вышеизложенного, ООО «Элкат», ООО «Элком», ООО «Ленинград» не представляется возможным назвать злоумышленниками, действующими с целью нанести вред деловой репутации фирмы ООО «Элвес-Ф».

Принимая во внимание все вышеизложенное в совокупности, суд апелляционной инстанции приходит к аналогичному выводу о том, что ООО «Элвес-Ф» посредством вышеуказанных действий пытается уйти от ответственности за нарушение рекламного законодательства, представляя через заинтересованных лиц сведения на иное лицо, которое выступало рекламодателем указанной выше рекламы, обосновывая данный факт представленным договором.

Таким образом, говорить о действиях злоумышленников в лице ООО «Элкат», ООО «Элком», ООО «Ленинград» не представляется возможным, так как данные Общества не являются рекламодателями рассматриваемой рекламы, а ООО «Ленинград» распространяло рекламу на рекламном щите по адресу: г. Самара, пересечение Московского шоссе и ул. Советской Армии (ост. Телецентр) с товарным знаком ООО «Элвес-Ф» в период, когда одним из учредителем данного Общества являлся гр. Федотов К.Г., который по совместительству является директором ООО «Элвес-Ф», таким образом, ООО «Элвес-Ф» не могло не знать о распространении подобного рода рекламы и об использовании товарного знака.

Также о том, что ООО «Элвес-Ф» является рекламодателем рассматриваемой рекламы свидетельствует и следующее.

Самарским УФАС России было установлено, что администратором домена второго уровня elves.ru с 11.02.2015г. и по настоящее время является ООО «Элвес-Ф» (ИНН: 6317091008, адрес места нахождения: 443099, г. Самара, ул. Алексея Толстого, д.9, ком.19, почтовый адрес: 443080, г. Самара, Московское шоссе, д.21), что подтверждается договором №2260117/NIC-D, оформленным путем акцепта публичной оферты 09-FEB-2015.

В соответствии с пунктом 13 статьи 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее - ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации») сайт в сети "Интернет" - совокупность программ для электронных вычислительных машин и иной информации, содержащейся в информационной системе, доступ к которой обеспечивается посредством информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" (далее - сеть "Интернет") по доменным именам и (или) по сетевым адресам, позволяющим идентифицировать сайты в сети "Интернет".

В соответствии с пунктом 14 статьи 2 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» страница сайта в сети "Интернет" (далее также - интернет-страница) - часть сайта в сети "Интернет", доступ к которой осуществляется по указателю, состоящему из доменного имени и символов, определенных владельцем сайта в сети "Интернет".

В соответствии с пунктом 15 статьи 2 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» доменное имя - обозначение символами, предназначенное для адресации сайтов в сети "Интернет" в целях обеспечения доступа к информации, размещенной в сети "Интернет".

В соответствии с пунктом 17 статьи 2 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» владелец сайта в сети "Интернет" - лицо, самостоятельно и по своему усмотрению определяющее порядок использования сайта в сети "Интернет", в том числе порядок размещения информации на таком сайте.

Контент (англ. content — содержимое) — любое информационно значимое наполнение информационного ресурса (например, веб-сайта) — тексты, графика, мультимедиа — вся информация, которую пользователь может загрузить на диск компьютера с соблюдением соответствующих законностей, как правило, только для личного пользования (<http://dic.academic.ru/dic.nsf/ruwiki/117680>).

Согласно общедоступным сведениям сети «Интернет» администратор домена - это физическое или юридическое лицо, на персональные данные которого оформлен определенный домен, т.е. это лицо, которое занимается администрированием. Администратор осуществляет управление и наполнение домена (<http://www.mosdomen.ru/info/administrator-domena-kto-eto-i-kak-im-stat.html>).

Доменное имя не отнесено действующим законодательством к объектам гражданских прав (ст. 128 Гражданского кодекса РФ) или к вещным правам (п. 1 ст. 216 ГК РФ) и не является объектом интеллектуальной собственности (п. 1 ст. 1225 ГК РФ). Его владельцем может быть любое лицо, в том числе не обладающее статусом индивидуального предпринимателя. Право на использование доменного имени возникает на основании договора регистрации, заключенного с регистратором доменных имен, и существует в течение срока регистрации (как правило, один год) с возможностью продления срока действия регистрации. (<http://www.buhgalteria.ru/>)

Таким образом, Самарским УФАС России установлено, что администратором домена www.elves.ru является ООО «Элвес-Ф», которое самостоятельно и по своему усмотрению определяет порядок использования сайта в сети "Интернет" по адресу: <http://elves.ru/>, в том числе порядок размещения информации на таком сайте.

Признаки нарушения рекламного законодательства в действиях ООО «Элкат» не подтвердились ввиду отсутствия надлежащих доказательств наличия в действиях ООО «Элкат» признаков нарушения рекламного законодательства.

Договоры, заключенные от имени ООО «Элкат» с рекламодателями не подтверждают статус лица, как рекламодателя. Договоры на распространение рекламы могут заключаться любыми лицами, в том числе агентами, как по письменному указанию рекламодателя, так и по устной договоренности.

Кроме того, суд правомерно отнесся критически к представленному ООО «Элкат» договору на изготовление рекламных материалов №18 от 19.04.2016г.

Согласно данному договору ООО «Элкат» «Заказчик» поручает и оплачивает, а ООО ПК «Времена года» «Исполнитель» принимает на себя обязательство изготовить рекламно- информационный материал, соответствующий специальным требованиям техническим требованиям, предназначенный для размещения на соответствующем рекламоносителе.

Кроме того, представлены дополнительные соглашения №96 от 03.03.2017г., №97 от 03.03.2017г., №98 от 03.03.2017г., №99 от 03.03.2017г. к договору №18 от 19.04.2016г., счет-фактура №112 от 03.03.2017г. по факту изготовления рекламных баннеров в соответствии с оригинал-макетами №97, №98, №99, счет-фактура №113 от 03.03.2017г. по факту изготовления рекламного баннера в соответствии с оригинал-макетом №96, счет на оплату №108 от 03.03.2017г. за изготовление рекламных баннеров №97, №98, №99, счет на оплату №111 от 03.03.2017г. за изготовление рекламного баннера №96, платежное поручение №110 от 07.03.2017г. за материалы по счету №111 от 03.03.2017г.

Согласно п. 2.1.1 исполнитель обязуется изготовить и передать готовую продукцию по акту приема-передачи в срок, предусмотренный договором и дополнительных соглашений к нему.

п. 2.2.3 подписать и вернуть представленный Заказчиком оригинал-макет на бумажном носителе в течение 1 (одного) рабочего дня с момента предоставления.

п.2.2.4 предоставить Заказчику цветопробу в течение 2 (двух) рабочих дней с момента получения от Заказчика и подписания оригинал-макета.

Кроме того, согласно условиям дополнительных соглашений №96, №97, №98, №99 срок изготовления рекламных материалов составляет 2 дня.

Таким образом, из представленных документов следует, что оригинал-макеты рекламных материалов согласованы 03.03.2017г.

В течение 2 дней ООО ПК «Времена Года» обязано предоставить заказчику цветопробу, то есть в срок до 07.03.2017г., однако, документы, подтверждающие передачу цветопробы исполнителем заказчику, отсутствуют.

Таким образом, изготовить рекламные материалы исполнитель обязан также в срок до 07.03.2017г., согласно дополнительным соглашениям №№96, №97, №98, №99 от 03.03.2017г.

В материалы судебного дела не представлен акт приема-передачи готовой продукции, который предусмотрен п. 2.2 вышеуказанного договора.

Однако, как установлено управлением, уже 07.03.2017г. поступило одно из первых обращений в Самарскую Губернскую Думу по факту распространения вышеуказанной рекламы (заявление гр. Хамадеевой М.Ю.).

Следовательно, спорная реклама была размещена ранее 05.03.2017г. еще до момента самого изготовления рекламного материала ООО ПК «Времена Года» в соответствии с договором №18 от 19.04.2016г. Вышеуказанный договор не может являться надлежащим доказательством, подтверждающим изготовление рассматриваемой рекламной информации.

Относительно документов, подтверждающих субаренду со стороны ООО «Элкат» представлены следующие документы:

- договор №1Л субаренды нежилого помещения от 09.01.2017г., согласно которому ООО «Элвес-Ф» «Арендатор» в лице директора Федотова К.Г. передает, а ООО «Элкат» «Субарендатор» в лице директора Кунафина И.Р. принимает за плату во временное пользование нежилое помещение, находящееся на праве аренды у «Арендатора» помещение по адресу: г. Самара, пр. Ленина, 14 (магазин «Элвес»).

- акт приема – передачи нежилого помещения от 09.01.2017г.

- договор №1М субаренды нежилого помещения от 09.01.2017г., согласно которому ООО «Элвес-Ф» «Арендатор» в лице директора Федотова К.Г. передает, а ООО «Элкат» «Субарендатор» принимает в арендное пользование помещения, расположенные в многопрофильном комплексе, по адресу: г. Самара, Московское шоссе, 21.

- акт приема – передачи нежилого помещения от 09.01.2017г.

Однако, не представлены доказательства, подтверждающие исполнение вышеуказанных договоров, а именно, документы, подтверждающие оплату субаренды нежилых помещений, акты передачи номеров телефона, условий пользования сайтом.

Представленные ООО «Элкат» документы, а также его объяснения, объяснения ООО «Стратег», являющегося правопреемником ООО «Альянс», с учетом совокупности и взаимосвязи добытых Управлением доказательств, не опровергают обоснованность выводов антимонопольного органа в оспариваемых решении и постановлении относительно того, что именно ООО «Элвес-Ф» является рекламодателем.

Судом правомерно отклонена ссылка заявителя на решение Октябрьского районного суда г. Самары от 17.10.2017 года, которым вынесенное Управлением постановление по делу об административном правонарушении № 275-12843-17/8 от 15.08.2017 в отношении должностного лица – директора заявителя, поскольку данным решением производство по делу об административном правонарушении не прекращено, фактически дело об административном правонарушении направлено на новое рассмотрение с указанием на неполное выяснение обстоятельств. При этом указанное решение суда было принято без оценки той совокупности доказательств, которая была представлена Управлением в рамках рассматриваемого дела.

Указанные в данном решении суда доводы о противоречивости сведениях о лицах, определивших объект рекламирования, устранены судом в рамках данного дела с учетом дополнительно представленных Управлением доводов и оценкой судом представленных доказательств в совокупности и взаимосвязи по правилам, предусмотренным ст. 71 АПК РФ, в том числе свидетельствующих о согласованности действий указанных выше взаимозависимых организаций в интересах ООО «Элвес».

Таким образом, ООО "Элвес-Ф" совершено административное правонарушение, предусмотренное частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, что подтверждается собранными доказательствами, которые оценены в совокупности со всеми представленными материалами, получившими оценку с точки зрения их относимости, допустимости, достоверности и достаточности, по правилам статьи 26.11 данного Кодекса.

При рассмотрении дела об административном правонарушении на основании полного и всестороннего анализа собранных доказательств установлены все юридически значимые обстоятельства совершения административного правонарушения.

В рассматриваемом случае вина заявителя выразилась в непринятии им как рекламодателем всех зависящих от него мер по соблюдению установленных Законом о рекламе требований к содержанию вышеуказанной рекламы.

Анализ имеющихся в деле материалов позволяет сделать вывод, что обстоятельства, вызванные объективно непреодолимыми либо непредвиденными препятствиями, находящимися вне контроля хозяйствующего субъекта (заявителя), при соблюдении той степени осмотрительности и добросовестности, которая требовалась от него в целях исполнения требований Закона о рекламе, отсутствовали.

Общество при осуществлении предпринимательской деятельности обязано выполнять требования действующего законодательства. В рассматриваемом случае у него имелась возможность для соблюдения положений Закона о рекламе путем использования иных формулировок при рекламе товара, соответствующих закону с учетом целевой аудитории, которой она адресована, имелась возможность использования иных визуальных образов. Однако заявителем не были приняты все зависящие от него меры по исполнению настоящего Федерального закона.

С учётом изложенного вывод антимонопольного органа о виновности предпринимателя в совершении вменяемого правонарушения является правильным.

Суд первой инстанции, оценивая характер и степень общественной опасности совершенного заявителем правонарушения, правильно указал, что в данном конкретном случае отсутствуют основания для признания совершенного правонарушения малозначительным.

Таким образом, оспариваемое постановление является законным и обоснованным, вынесенным без нарушения требований действующего законодательства, без нарушения процессуальных прав ООО «Элвес-Ф» и отмене не подлежит. На момент привлечения общества к административной ответственности срок давности привлечения к ответственности не истек, обстоятельств, исключающих вину общества, иных обстоятельств, исключающих ответственность за совершенное административное правонарушение, судом не установлено.

Размер штрафа определен правильно с учетом всех обстоятельств дела, в соответствии с требованиями закона.

При таких обстоятельствах и, с учетом приведенных правовых норм, суд первой инстанции обоснованно отказал в удовлетворении заявления, поскольку оспариваемые решение и постановление вынесены в пределах компетенции антимонопольного органа, соответствуют закону, оснований для признания решения №4021/8 от 05.05.2017 в оспариваемой части и постановления №361адм-17/8 от 08.06.2017 о привлечении общества к административной ответственности не имеется.

Доводы апелляционной жалобы, сводящиеся фактически к повторению утверждений исследованных и правомерно отклоненных арбитражным судом первой инстанции, не могут служить основанием для отмены или изменения судебного акта, поскольку не свидетельствуют о нарушении судом норм материального и процессуального права.

Суд апелляционной инстанции отклоняет ходатайство УФАС о прекращении производства по делу в связи с пропуском срока подачи апелляционной жалобы, поскольку, согласно почтовому штемпелю на конверте, апелляционная жалоба направлена

ее подателем в суд первой инстанции 26 февраля 2018г., с соблюдением предусмотренного срока.

Суд первой инстанции принял законное и обоснованное решение, полно и правильно установил обстоятельства дела, применил нормы материального права, подлежащие применению, и не допустил нарушения процессуального закона, в связи с чем, оснований для отмены или изменения судебного акта не имеется.

Нарушений норм процессуального права, предусмотренных ч. 4 ст. 270 АПК РФ и влекущих безусловную отмену судебного акта, коллегией не установлено.

Решение арбитражного суда первой инстанции следует оставить без изменения, а апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Руководствуясь ст. ст. 266-271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

ПОСТАНОВИЛ:

решение Арбитражного суда Самарской области от 25 января 2018 года по делу №А55-12866/2017 оставить без изменения, а апелляционную жалобу - без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в двухмесячный срок в Арбитражный суд Поволжского округа через суд первой инстанции.

Председательствующий

И.С.Драгоценнова

Судьи

А.А.Юдкин

Е.Г.Попова