



ФЕДЕРАЛЬНАЯ
АНТИМОНОПОЛЬНАЯ
СЛУЖБА
(ФАС России)
ЗАМЕСТИТЕЛЬ
РУКОВОДИТЕЛЯ

Руководителям территориальных органов
ФАС России

allto@fas.gov.ru

Садовая Кудринская, 11
Москва, Д-242, ГСП-3, 125993
тел. (499) 755-23-23, факс (499) 755-23-24
delo@fas.gov.ru <http://www.fas.gov.ru>

штамп
регистрации

№ _____

На № _____ от _____

[Об использовании средств]
индивидуализации в качестве
ключевых слов

В целях единообразия рассмотрения территориальными антимонопольными органами заявлений о недобросовестной конкуренции, связанной с использованием словесных обозначений, тождественных или сходных до степени смешения с принадлежащим другому хозяйствующему субъекту средством индивидуализации, в качестве ключевых слов при размещении интернет-рекламы лицами, не являющимися правообладателями данных средств индивидуализации, и возможности квалификации данных действий по части 1 статьи 14.6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон «О защите конкуренции»), ФАС России направляет для использования в работе следующие рекомендации.

В соответствии с пунктом 9 статьи 4 Закона «О защите конкуренции» под недобросовестной конкуренцией понимаются любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

Главой 2.1 Закона «О защите конкуренции» не допускается недобросовестная конкуренция в различных формах.

Само по себе включение обозначения, совпадающего с товарным знаком либо фирменным наименованием хозяйствующего субъекта-конкурента, в число ключевых слов при оформлении контекстной рекламы, по мнению специалистов ФАС России, не может рассматриваться как использование средства



индивидуализации в смысле Гражданского кодекса Российской Федерации (далее ГК РФ), поскольку данное действие не направлено на индивидуализацию собственных товаров (услуг).

В силу статьи 1248 ГК РФ споры, связанные с защитой нарушенных или оспоренных интеллектуальных прав (в том числе прав на товарный знак), рассматриваются и разрешаются судом (пункт 1 статьи 11 ГК РФ).

Однако при оценке указанных действий на рынке в настоящее время следует учитывать указания пункта 172 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», в силу которого использование рекламодателем при размещении контекстной рекламы в сети «Интернет» в качестве критерия для показа рекламного объявления ключевых слов (словосочетаний), тождественных или сходных до степени смешения с принадлежащим другому лицу средством индивидуализации, с учетом цели такого использования может быть признано актом недобросовестной конкуренции (статья 14.6 Закона «О защите конкуренции», статья 10.bis Парижской конвенции).

Пунктом 1 статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции» не допускается недобросовестная конкуренция путем совершения хозяйствующим субъектом действий (бездействия), способных вызвать **смещение с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента либо с товарами или услугами, вводимыми хозяйствующим субъектом-конкурентом в гражданский оборот на территории Российской Федерации, в том числе незаконное использование обозначения, тождественного товарному знаку, фирменному наименованию, коммерческому обозначению, наименованию места происхождения товара хозяйствующего субъекта-конкурента либо сходного с ними до степени смешения, путем его размещения на товарах, этикетках, упаковках или использования иным образом в отношении товаров, которые продаются либо иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, а также путем его использования в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», включая размещение в доменном имени и при других способах адресации.**

Вместе с тем, для выявления акта недобросовестной конкуренции необходимо наличие в действиях хозяйствующего субъекта всех признаков недобросовестной конкуренции, установленных в пункте 9 статьи 4 Закона «О защите конкуренции», а именно:

- осуществление действий хозяйствующим субъектом – конкурентом;
- направленность действий хозяйствующего субъекта на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности;
- противоречие указанных действий положениям действующего законодательства, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости;
- причинение или способность причинения указанными действиями убытков другому хозяйствующему субъекту-конкуренту, либо нанесения ущерба его деловой

репутации.

Недоказанность хотя бы одного из вышеперечисленных признаков исключает признание действий хозяйствующего субъекта актом недобросовестной конкуренции. Для доказывания совершения правонарушений, запрет на которые содержат статьи 14.1 – 14.7 Закона «О защите конкуренции», необходимо также установление специальных признаков.

Так, доказывание наличия конкурентных отношений между правообладателем — заявителем и предполагаемым нарушителем потребует документального подтверждения того, что товары (услуги) указанных лиц являются взаимозаменяемыми по смыслу пункта 3 статьи 4 Закона «О защите конкуренции» и вводятся в гражданский оборот в пределах совпадающих географических границ.

Приобретение преимуществ перед конкурентами возможно в случае, если в результате действий предполагаемого нарушителя по использованию спорных обозначений в качестве ключевых слов в контекстной рекламе происходит изменение в структуре потребительского спроса, а именно возрастание спроса на продукцию (услуги) недобросовестного лица. Это дает такому хозяйствующему субъекту возможность увеличить объем реализации такой продукции и, соответственно, увеличить получаемую прибыль.

Кроме того, для квалификации действий хозяйствующих субъектов как нарушающих запрет, установленный статьей 14.6 Закона «О защите конкуренции», необходимо **установить реальную возможность смешения потребителями товаров заявителя** и товаров лица, в отношении которого подается заявление, вследствие действий последнего.

При этом предметом рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства в виде незаконного использования фирменного наименования либо товарного знака является не нарушение исключительного права правообладателя как таковое, а влияние действий лица, в отношении которого подано заявление, на конкурентную среду, выражающееся в возможном смешении услуг разных производителей в силу невозможности для потребителя установить, какое из лиц — владельцев обозначений выступает в качестве поставщика услуги. В результате такого смешения потребитель услуг ошибочно полагает, что поставщиком услуги (производителем товара) является иной субъект.

В связи с изложенным сам факт использования лицом обозначения, совпадающего со средством индивидуализации, принадлежащим иному лицу, в качестве ключевого слова при размещении рекламы в интернете, хотя и оказывает влияние на результаты поисковой выдачи путем демонстрации пользователю рекламных объявлений лиц, не имеющих отношения к первоначальному поисковому запросу пользователя, не обязательно может приводить к смешению на рынке, а, следовательно, и к перераспределению спроса в пользу предполагаемого нарушителя.

Возможность смешения возникает в случае, если под воздействием конкретного содержания контекстной рекламы у пользователя может возникнуть

впечатление, что при переходе по рекламной ссылке он будет переадресован на сайт правообладателя средства индивидуализации либо сайт, иным образом связанный с правообладателем средства индивидуализации. Например, к этому может приводить последовательное перечисление в тексте рекламного объявления двух фирменных наименований либо коммерческих обозначений (правообладателя и предполагаемого нарушителя) без уточнения о том, что это различные организации, реализующие одни и те же товары (услуги), особенно в случае, если указанные обозначения имеют общие элементы.

При этом для выявления признаков смешения антимонопольному органу необходимо располагать доказательствами того, что принадлежащее правообладателю обозначение приобрело известность на какой-либо территории как обозначение товаров (услуг), которые реализует (оказывает) именно правообладатель, с целью установления того факта, что действия лица, использующего спорное обозначение, направлены на получение необоснованных преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности. Подтверждением данного обстоятельства могут служить документально подтвержденные сведения о фактах осуществления правообладателем мероприятий, направленных на продвижение своего товара (услуг) под указанным обозначением (реклама, акции или иное). Также данное обстоятельство подтверждают доказательства известности используемого заявителем обозначения потребителю как связанного именно с принадлежащим ему предприятием или выпускаемым им товаром, а также возникновения у потребителей впечатления, что рекламируемые с использованием спорных обозначений в качестве ключевых слов товары/услуги связаны с правообладателем. Данные обстоятельства могут устанавливаться социологическими и маркетинговыми исследованиями, а также подтверждаться фактами обращений потребителей к правообладателю с вопросами или претензиями по поводу товаров (услуг) предполагаемого нарушителя.

В случае, если в результате использования в качестве ключевых слов товарных знаков, фирменных наименований либо коммерческих обозначений, помимо сайта правообладателя, пользователю демонстрируются ссылки контекстной рекламы, прямо указывающие на то, что объектом рекламирования являются товары/услуги иного лица, нежели правообладатель обозначения, введенного пользователем в строку поиска, и указанная ссылка ведет на сайт иного хозяйствующего субъекта — конкурента данного правообладателя, например, содержащие только выражения как *«Ищешь магазин/товар «А»? загляни в магазин «Б» /попробуй товар «Б»*, такие действия не влекут смешения указанных лиц либо их товаров, в связи с чем не содержат признаков нарушения статьи 14.6 Закона «О защите конкуренции».

Вместе с тем в случае, если содержание рекламного объявления содержит некорректное сравнение товаров одних хозяйствующих субъектов с товарами других хозяйствующих субъектов либо содержит дискредитирующие сведения о товарах

хозяйствующих субъектов — правообладателей средств индивидуализации, использованных в качестве ключевых слов в контекстной рекламе, такие действия могут быть проверены на предмет соответствия иным положениям Закона «О защите конкуренции», а также Федерального закона «О рекламе». Вывод об окончательной квалификации того или иного действия устанавливается ФАС России в ходе рассмотрения каждого заявления с учетом конкретных обстоятельств и собранных доказательств.

Место для подписи

А.Б. Кашеваров

Исп.Склярова Яна Вячеславовна тел.8(499)755-23-23 вн.088-440