



ЧУЖИЕ СРЕДСТВА ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ В КЛЮЧЕВЫХ СЛОВАХ ИНТЕРНЕТ-РЕКЛАМЫ

*Е. Л. ШЕХТМАН,
ст. преподаватель Новосибирского гос. ун-та,
российский и евразийский патентный поверенный,
директор ООО «ИНКО»*



*И. В. КРЫЛОВА,
ведущий специалист ООО «ИНКО»*

Новосибирск

Таргетирование, контекстная реклама, метатеги, ключевые слова, целевая аудитория — все эти понятия прочно вошли в нашу жизнь. Товары и услуги продвигаются через социальные сети и поисковые механизмы, настраиваемые для максимизации эффективности рекламного объявления.

Однако часто бизнес не задумывается, что, запуская рекламу в таких сервисах, как «Яндекс.Директ» или «Google AdWords», можно нарушить чьи-то исключительные права или нормы закона «О защите конкуренции», в связи с чем придется заплатить компенсацию или штраф, а также нести издержки на судебное или административное разбирательство. Такое тривиальное действие, как настройка рекламы, может вместо потока клиентов привести к финансовым издержкам.

Под таргетированной рекламой понимается способ онлайн-рекламы, при котором используются методы и настройки поиска целевой аудитории в соответствии с заданными параметрами — характеристиками и интересами людей, которые могут заинтересоваться рекламируемым товаром или услугой. Похожим характером обладает контекстная реклама — вид интернет-рекламы, которая показывается в зависимости от поискового запроса или смысла конкретной веб-страницы в рекламной сети Яндекса или Google, которую смотрит пользователь в данный момент¹.

Одним из способов настройки таргетинга, рекламы на целевую аудиторию являются метатеги. Метатеги — это специальные элементы

¹ <https://webrost.ru/blog/kontekstnaya-vs-targetirovannaya-reklama/>.

кода, через которые браузер и поисковые машины считывают информацию о сайте. К таким элементам, в частности, относятся ключевые слова — слова (или набор слов), которые описывают тему сайта или текст и которые используются поисковыми системами для обеспечения точного соответствия (релевантности) результатов поиска. Тем самым, для рекламируемого сайта необходимо подобрать ключевые слова, по которым поисковые системы включают сайт в поисковую выдачу при обработке пользовательских запросов. Следовательно, ключевые слова позволяют поисковой системе правильно идентифицировать сайт для дальнейшего показа по запросам.

При этом следует отметить, что ключевые слова являются скрытыми от пользователя, их «видит» только поисковая система, которая формирует результат выдачи. Этим пользуется множество рекламодателей, указывая среди прочего названия и товарные знаки или фирменные наименования своих конкурентов по рынку. Логика в таком действии есть. Например, если производитель мебели «Березка» при формировании рекламного объявления среди прочих указывает ключевое слово «IKEA», то когда пользователь делает запрос «мебель ikea», в выдаче ему помимо ссылок на сайты, продвигающие товары «IKEA», будет показана ссылка на сайт с мебелью «Березка», и, возможно, потребитель заинтересуется мебелью «Березка» и отдаст предпочтение именно ей.

Такому поведению рекламодателей, использующих в качестве ключевых слов чужие средства индивидуализации, во многом способствуют сами поисковые системы, которые автоматически предлагают перечень наиболее популярных ключевых слов, в которые, как правило, входят фирменные наименования или товарные знаки лидеров определенного рынка.

Помимо ключевых слов при таргетированной рекламе в такой популярной в России поисковой системе, как «Яндекс», имеется такое понятие, как отображаемая ссылка — адрес сайта, который показывается в объявлении и содержит запрос пользователя или название товара. Такая ссылка легко читается и помогает пользователю понять, на какой странице он окажется, когда кликнет по объявлению. При определенной настройке такая ссылка может автоматически включать ключевое слово, если оно было указано в запросе. Особенностью отображаемой ссылки, которая уже заключена в названии, является возможность ее визуального восприятия пользователями. В нашем примере с мебелью «Березка» отображаемая ссылка может выглядеть следующим образом: «<http://berezka.ru/> мебель IKEA».

Как относятся к заявлениям правообладателей об использовании принадлежащих им средств индивидуализации в ключевых словах на сайтах

конкурентов российские арбитражные суды и Федеральная антимонопольная служба (ФАС)?

Следует отметить, что при обнаружении правообладателем факта такого использования у него есть возможность обратиться за судебной защитой в арбитражный суд с требованием прекратить нарушение и, если речь идет о товарном знаке, — выплатить компенсацию за нарушение на основании ст. 1515 ГК РФ. Кроме того, правообладатель может обратиться в ФАС с заявлением о недобросовестной конкуренции, связанной с созданием смешения на основании ст. 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции», за которое ст. 14.33 КоАП предусмотрена административная ответственность в виде штрафа в пользу государства. Однако при рассмотрении любого из заявлений наиболее важным является вопрос состава правонарушения в действиях предполагаемого нарушителя.

Анализ показывает, что в настоящий момент в подобных вопросах практика судов и ФАС достаточно противоречива. В большинстве случаев, когда речь идет об использовании средств индивидуализации только в качестве ключевых слов, без использования в объявлении или в огибаемой ссылке, имеет место отказ в признании правонарушений.

После того, как Верховный Суд РФ в п. 172 Постановления № 10 от 23.04.2019 дал разъяснения тому, что 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 (ст. 14.6 ФЗ «О защите конкуренции», ст. 10.bis Парижской конвенции), намечилось существенное изменение как административной, так и судебной практики.

Вслед за разъяснениями Верховного Суда РФ 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 ч. 1 ст. 14.6 Закона «О защите конкуренции», ФАС России подготовила свои рекомендации, которые изложила в письме от 21 октября 2019 г. № АК/91352/19 «Об использовании средств индивидуализации в качестве ключевых слов».

В указанном письме ФАС пояснила, что 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 актом недобросовестной конкуренции. При этом необходимо установить реальную возможность смешения потребителями товаров заявителя и товаров лица, в отношении которого подается заявление, вследствие действий последнего.

Таким образом, ФАС установила, что сам факт подобного использования лицом чужого средства индивидуализации не обязательно может приводить к смешению на рынке, а следовательно, и к перераспределению спроса в пользу предполагаемого нарушителя. Говорить о вероятности смешения можно, если под воздействием конкретного содержания контекстной рекламы у пользователя может возникнуть впечатление, что при переходе по рекламной ссылке он будет переадресован на сайт, связанный с правообладателем средства индивидуализации. В качестве подтверждения наличия признаков смешения антимонопольному органу следует убедиться, что средство индивидуализации действительно приобрело известность на какой-либо территории как обозначение товаров (услуг), которые реализует (оказывает) именно правообладатель.

Несмотря на то, что разъяснения Верховного Суда РФ и ФАС России относятся только к актам недобросовестной конкуренции, арбитражные суды также начали руководствоваться данными разъяснениями в части установления состава нарушения исключительных прав на товарный знак или фирменное наименование. Таким образом, начала складываться новая единообразная судебная и административная практика, в которой вопрос наличия нарушения зависит не только от того, имеется ли визуальное восприятие чужого средства индивидуализации в объявлении, но от самого факта такого использования и вероятности введения потребителей в заблуждение в результате такого использования.

С новой практикой согласуется решение Арбитражного суда города Москвы по делу А40-236550/19 от 19.06.2020, согласно которому суд привлек к ответственности общество, несмотря на то, что в рекламном объявлении отсутствовала отображаемая ссылка, а чужой товарный знак был использован только в неотображаемом ключевом слове. Суд сделал вывод, что в спорных объявлениях была использована ключевая фраза «ШАРОВЫЕ КРАНЫ СИТАЛ», которая явным образом указывает на шаровые краны определенной торговой марки. Следовательно, у данной ключевой фразы присутствует способность индивидуализировать обозначением «СИТАЛ» шаровые краны, которые охватываются объемом правовой охраны товарных знаков истца. Следовательно, использование данной ключевой фразы при данных обстоятельствах является нарушением исключительных прав на товарные знаки истца. Примечательно, что судом привлечены к ответственности рекламодаделец и ООО «Яндекс», что является прецедентным для анализируемой категории дел. С ООО «Яндекс» взыскана компенсация в размере 10 000 рублей. Решение суда первой инстанции устояло в судах апелляционной и кассационной инстанций.

Анализируя события, можно сделать вывод, что до середины 2019 г. по спорам, в которых правообладатели пытались добиться признания незаконными действий конкурентов по использованию в такой рекламе ключевых слов, сходных до степени смешения с их средствами индивидуализации, суды и антимонопольные органы неукоснительно придерживались позиции того, что ключевые слова, используемые в сети Интернет, являясь техническим параметром, служат для поиска информации пользователями и не могут служить средством индивидуализации товаров и услуг, а такие действия не могут признаваться нарушением прав владельца товарного знака или фирменного наименования.

Отказывая в удовлетворении таких заявлений, суды и антимонопольные органы мотивировали это тем, что ключевые слова не являются частью самого рекламного объявления, не входят в его содержание и не демонстрируются пользователям, в связи с чем пользователи не обладают информацией о том, по каким ключевым словам размещается показанное ему поисковой системой рекламное объявление, а также не могут соотнести определенное объявление с конкретными ключевыми словами. При этом делался вывод, что ключевое слово не обладает индивидуализирующей способностью даже в отношении конкретного рекламного объявления, так как на основании ключевого слова невозможно выделить конкретное объявление из всех существующих.

В настоящее время практика по таким делам изменилась, хотя и находится в стадии формирования. Сейчас суды и антимонопольные органы

признают использование средств индивидуализации в качестве ключевого слова (несмотря на отсутствие визуального восприятия) как использование обозначения в рекламе, относя тем самым эти ключевые слова к части рекламного объявления.

Вывод: чтобы избежать возможных претензий со стороны конкурентов, рекомендуем внимательно относиться к настройкам таргетированной и контекстной рекламы и не использовать в ключевых словах товарные знаки или фирменные наименования, которые принадлежат конкурентам.