

**Управление Федеральной антимонопольной службы
по республике Коми**

РЕШЕНИЕ

20 февраля 2020 года

(изготовление решения в полном объеме)

13 февраля 2020 года

(оглашение резолютивной части)

№ 03-01/1447

г. Сыктывкар

ООО «Парадиз»

Интернациональная
ул.,

д. 119, оф. 420,

г. Сыктывкар, 167000

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Коми (далее – Коми УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

<...>

рассмотрев дело № 011/05/24-670/2019, возбужденное в отношении ООО «Парадиз», адрес места нахождения: 167000, г. Сыктывкар, ул. Интернациональная, д. 119, оф. 420, ОГРН 1151101009905, ИНН 1101055696,

КПП 110101001, и <...> по факту распространения на рекламной конструкции, установленной в г. Сыктывкаре на пересечении Октябрьского проспекта и улицы Печорской, рекламы экспресс-отбеливания зубов с признаками нарушения требований ч. 7 ст. 24 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в присутствии представителя <...> - <...>, действующего на основании доверенности от 09.12.2019;

в отсутствие:

- заявителя, надлежащим образом извещенного о времени и месте рассмотрения дела;
- ООО «Парадиз», надлежащим образом извещенного о времени и месте рассмотрения дела;
- И П <...>, надлежащим образом извещенного о времени и месте рассмотрения дела;

УСТАНОВИЛА:

В Коми УФАС России поступило обращение <...> от 18.09.2019 (вх. № П-48 от 18.09.2019), в результате рассмотрения которого установлено, что на рекламной конструкции, установленной в г. Сыктывкаре на пересечении Октябрьского проспекта и улицы Печорской, размещена реклама следующего содержания: «Экспресс-отбеливание зубов Цвет кожи может быть любым Цвет улыбки – только белым ТЦ «Июнь», Октябрьский проспект 131/3 72-73-95».

По результатам рассмотрения заявления принято решение о возбуждении дела № 011/05/24-670/2019 в отношении ООО «Парадиз» и <...> по признакам нарушения ч. 7 ст. 24 Закона о рекламе, о чем вынесено соответствующее определение № 03-01/8723 от 13.11.2019.

Определением № 03-01/205 от 13.01.2020 к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечен ИП <...>.

В целях извещения И П <...> о месте и времени рассмотрения дела № 011/05/24-670/2019 Коми УФАС России направило 03.02.2020 телеграмму по адресу его места жительства.

Согласно почтовому извещению от 06.02.2020 (вх. № 610-э от 07.02.2020) телеграмма И П <...> не доставлена, квартира закрыта, адресат по извещению за телеграммой не является.

Пленум Верховного Суда РФ в пунктах 67, 68 Постановления от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» указал следующее. Юридически значимое сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено, но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним (пункт 1 статьи 165.1 ГК РФ). Например, сообщение считается доставленным, если адресат уклонился от получения корреспонденции в отделении связи, в связи с чем она была возвращена по истечении срока хранения. Статья 165.1 ГК РФ подлежит применению также к судебным извещениям и вызовам, если гражданским процессуальным или арбитражным процессуальным законодательством не предусмотрено иное.

В силу ст. 118 ГПК РФ лица, участвующие в деле, обязаны сообщить суду о перемене своего адреса во время производства по делу. При отсутствии такого сообщения судебная повестка или иное судебное извещение посылаются по последнему известному суду месту жительства или месту нахождения адресата и считаются доставленными, хотя бы адресат по этому адресу более не проживает или не находится.

Срок рассмотрения рекламного дела № 011/05/24-670/2019 продлён до 13.02.2020. В связи с вышеизложенным, учитывая ограниченные сроки рассмотрения дела, применяя по аналогии ст. 118 ГПК РФ, Комиссия считает ИП <...> надлежащим образом извещённым о времени и месте рассмотрения рекламного дела № 011/05/24-670/2019.

Из материалов дела № 011/05/24-670/2019 (далее – рекламное дело) усматривается нижеследующее.

В соответствии с положениями, установленными п. 1 ст. 3 Закона о рекламе, реклама – 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.

Вышеуказанная информация содержит все правовые признаки рекламы:

- распространена посредством размещения на рекламной конструкции;
- адресована неопределенному кругу лиц;
- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования - экспресс-отбеливанию зубов, формирование или поддержание интереса к нему, и его продвижение на рынке.

Таким образом, указанная информация является рекламой.

Рассматриваемая реклама содержит указание на экспресс-отбеливание

зубов.

В соответствии с п. 4 ст. 2 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» медицинская услуга - медицинское вмешательство или комплекс медицинских вмешательств, направленных на профилактику, диагностику и лечение заболеваний, медицинскую реабилитацию и имеющих самостоятельное законченное значение.

Приказом Минздрава России от 13.10.2017 № 804н утверждена Номенклатура медицинских услуг, представляющая собой систематизированный перечень кодов и наименований медицинских услуг в здравоохранении. Номенклатура содержит такой вид медицинской услуги как «Профессиональное отбеливание зубов» (код A16.07.050).

В ходе рассмотрения рекламного дела Комиссия ознакомилась с содержанием страницы сообщества «Экспресс-отбеливание зубов» в социальной сети «ВКонтакте» (<https://vk.com/csswhite>). Из материалов рекламного дела усматривается, что <https://vk.com/csswhite> является Интернет-страницей лица, оказывающего услуги, указанные в рассматриваемой рекламе. Из информации, размещённой на странице сообщества «Экспресс-отбеливание зубов», следует, что в рассматриваемой рекламе идёт речь об услугах по косметическому отбеливанию зубов «Magic White».

Также на странице сообщества «Экспресс-отбеливание зубов» указано, что гель «MagicWhite» содержит осветлитель, который активируется светодиодной лампой; при химиотерапии, а также в период беременности и вскармливания грудью проводить процедуру не рекомендуется; отбеливанию подвергаются только здоровые зубы, в случаях кариеса зубов и/или значительного поражения зубным камнем перед процедурой отбеливания обязательно пройти лечение у врача-стоматолога.

Коми УФАС России запросило у Минздрава России и Росздравнадзора письменную информацию о том, является ли услуга, указанная в рассматриваемой рекламе, медицинской.

Согласно письму Минздрава России от 24.10.2019 № 17-2/2094 (вх. № 5494 от 05.11.2019) услуга по отбеливанию зубов «Magic White» проводится с применением окислителя (перекись карбамида 0,1 %), который активируется светодиодной лампой; услуга «Экспресс-отбеливание зубов» относится к медицинским услугам, которые в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации оказывают медицинские организации, получившие лицензию на осуществление медицинской деятельности.

Росздравнадзор письмом № 03-55143/19 от 01.11.2019 (вх. № 5655 от 13.11.2019) указал на наличие в Номенклатуре такой медицинской услуги как

«Профессиональное отбеливание зубов» (код А16.07.050), а также пояснил, что ключевым при отнесении косметологического отбеливания зубов к медицинским услугам следует признать характер самой услуги, манипуляции, предполагающей соответствующую квалификацию, знания и умения в области медицины у персонала в целях исключения причинения вреда здоровью человека.

По мнению Росздравнадзора, для оказания услуг по отбеливанию зубов необходимо получение лицензии на осуществление медицинской деятельности.

Аналогичные выводы изложены в Постановлении Арбитражного суда Уральского округа от 05.02.2019 № Ф09-9562/18 по делу № А60-31262/2018.

Из вышеизложенного усматривается, что рассматриваемая реклама является рекламой медицинской услуги.

В силу ч. 7 ст. 24 Закона о рекламе реклама лекарственных препаратов, медицинских услуг, в том числе методов профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации, медицинских изделий должна сопровождаться предупреждением о наличии противопоказаний к их применению и использованию, необходимости ознакомления с инструкцией по применению или получения консультации специалистов. В рекламе, распространяемой в радиопрограммах, продолжительность такого предупреждения должна составлять не менее чем три секунды, в рекламе, распространяемой в телепрограммах и при кино- и видеообслуживании, - не менее чем пять секунд и должно быть отведено не менее чем семь процентов площади кадра, а в рекламе, распространяемой другими способами, - не менее чем пять процентов рекламной площади (рекламного пространства). Требования настоящей части не распространяются на рекламу, распространяемую в местах проведения медицинских или фармацевтических выставок, семинаров, конференций и иных подобных мероприятий, а также в предназначенных для медицинских и фармацевтических работников специализированных печатных изданиях, и на иную рекламу, потребителями которой являются исключительно медицинские и фармацевтические работники.

Рассматриваемая реклама не содержит ни одного из предусмотренных ч. 7 ст. 24 Закона о рекламе видов предупреждений.

При таких обстоятельствах рассматриваемая реклама размещена с нарушением требований, установленных ч. 7 ст. 24 Закона о рекламе.

Ответственность за нарушение требований, установленных ч. 7 ст. 24 Закона о рекламе, согласно частям 6, 7 статьи 38 Закона о рекламе, несут и рекламодаделец, и рекламораспространитель.

Частью 8 ст. 38 Закона о рекламе предусмотрено, что

рекламопроизводитель несёт ответственность за нарушение требований частями 6, 7 ст. 38 Закона о рекламе, если будет доказано, что нарушение произошло по его вине.

<...> в письменных пояснениях, представленных в материалы рекламного дела, указала, что она не зарегистрирована в качестве индивидуального предпринимателя и не является руководителем или работником организации, являющейся рекламодателем рассматриваемой рекламы.

Согласно информации, представленной ГКУ РК «Коми реклама» письмом от 10.10.2019 № 03-08/2226 (вх. № 5155 от 14.10.2019), владельцем рекламной конструкции, на которой размещена рассматриваемая реклама, является ООО «Парадиз», адрес места нахождения: 167000, г. Сыктывкар, ул. Интернациональная, д. 119, оф. 420.

ГКУ РК «Коми реклама» представлена копия выданного ООО «Парадиз» разрешения на установку и эксплуатацию рекламной конструкции № 05EB132 от 31.07.2019.

ООО «Парадиз» представило в материалы рекламного дела письменные пояснения, согласно которым во исполнение условий агентских договоров права на размещение рекламных материалов на рекламных конструкциях ООО «Парадиз» переданы Обществом ООО «РА «Топ Медиа» (ОГРН 1171101002214) и ИП <...>.

ООО «Парадиз» представило в материалы рекламного дела копии агентских договоров, заключенных ООО «Парадиз» с ИП <...> и ООО «РА «Топ Медиа».

Согласно сведениям из ЕГРЮЛ, размещённым на официальном сайте ФНС России, ООО «РА «Топ Медиа» (ОГРН 1171101002214) прекратило деятельность 24.07.2019 в связи с ликвидацией.

В связи с чем, определением № 03-01/205 от 13.01.2020 к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, привлечен ИП <...>.

Согласно агентскому договору, заключённому 01.08.2019 между ООО «Парадиз» (принципал) с И П <...> (агент), агент, действуя в интересах принципала, обязуется за вознаграждение совершать от своего имени, но за счёт принципала сделки с рекламодателями по размещению рекламы на рекламных конструкциях принципала, а также осуществлять иные действия в целях исполнения настоящего договора на условиях, определённых указанным договором. Агент принимает на себя ручательство за исполнение сделок, заключённых с рекламодателями во исполнение своих обязательств по настоящему договору.

Пунктом 2.1.2 агентского договора установлено, что для подтверждения выполнения поручений принципала агент обязан регулярно предоставлять

принципалу отчёты агента, содержащие информацию о расчётах, произведённых агентом с принципалом, и счета на вознаграждение агента.

В соответствии с п. 2.3.1 агентского договора принципал обязан в срок не более двух рабочих дней после получения проекта соответствующего приложения от агента утвердить график выхода рекламы, подписав соответствующее приложение либо, при наличии оснований, предусмотренных настоящим договором, направить отказ в письменной форме в те же сроки.

Пунктом 2.3.3 агентского договора установлено, что принципал обязан подписывать отчёты агента в течение 10 (десяти) рабочих дней после их получения или в тот же срок предоставлять мотивированный отказ в письменном виде. В случае пропуска срока, указанного в настоящем пункте, услуги считаются принятыми, отчёты - утверждёнными принципалом.

Коми УФАС России определениями неоднократно запрашивало у ИП <...> необходимые для рассмотрения дела документы и письменную информацию. Однако ИП <...> запрошенное в Коми УФАС России не представлено. Несмотря на предпринятые Коми УФАС России меры, получить сведения от ИП <...> не представилось возможным.

Согласно п. 1 ст. 1005 ГК РФ по агентскому договору одна сторона (агент) обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала. По сделке, совершенной агентом с третьим лицом от своего имени и за счет принципала, приобретает права и становится обязанным агент, хотя бы принципал и был назван в сделке или вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по исполнению сделки. По сделке, совершенной агентом с третьим лицом от имени и за счет принципала, права и обязанности возникают непосредственно у принципала.

В соответствии со ст. 1008 ГК РФ в ходе исполнения агентского договора агент обязан представлять принципалу отчеты в порядке и в сроки, которые предусмотрены договором. При отсутствии в договоре соответствующих условий отчеты представляются агентом по мере исполнения им договора либо по окончании действия договора. Если агентским договором не предусмотрено иное, к отчету агента должны быть приложены необходимые доказательства расходов, произведенных агентом за счет принципала. Принципал, имеющий возражения по отчету агента, должен сообщить о них агенту в течение тридцати дней со дня получения отчета, если соглашением сторон не установлен иной срок. В противном случае отчет считается принятым принципалом.

Агентский договор, заключённый между ООО «Парадиз» и ИП <...>, не содержит указания конкретных рекламных конструкций, на которых могут размещаться рекламы рекламодателей, с которыми ИП <...> заключает

сделки в интересах Общества.

В силу ч. 1 ст. 19 Закона о рекламе распространение наружной рекламы с использованием щитов, стендов, строительных сеток, перетяжек, электронных табло, проекционного и иного предназначенного для проекции рекламы на любые поверхности оборудования, воздушных шаров, аэростатов и иных технических средств стабильного территориального размещения (далее - рекламные конструкции), монтируемых и располагаемых на внешних стенах, крышах и иных конструктивных элементах зданий, строений, сооружений или вне их, а также остановочных пунктов движения общественного транспорта осуществляется владельцем рекламной конструкции, являющимся рекламораспространителем, с соблюдением требований настоящей статьи. Владелец рекламной конструкции (физическое или юридическое лицо) - собственник рекламной конструкции либо иное лицо, обладающее вещным правом на рекламную конструкцию или правом владения и пользования рекламной конструкцией на основании договора с ее собственником.

ООО «Парадиз» в письменных пояснениях указало о невозможности представить акты приёма-передачи рекламных конструкций, поскольку документы в распоряжении Общества отсутствуют.

Из материалов рекламного дела не следует, что рекламная конструкция, на которой размещена рассматриваемая реклама, передана во владение и (или) пользование ИП <...>.

В связи с чем, из имеющихся материалов не представляется возможным достоверно установить, принимал ли ИП <...> участие в размещении рассматриваемой рекламы на рекламной конструкции ООО «Парадиз».

Из материалов рекламного дела усматривается, что ИП <...> оказывает владельцу рекламных конструкций - ООО «Парадиз» на основании агентского договора посреднические услуги по поиску рекламодателей и заключении с ними сделок по размещению рекламы на рекламных конструкциях Общества, получая за это агентское вознаграждение. Следовательно, в случае заключения ИП <...> во исполнение условий агентского договора сделок с рекламодателями у него возникают исключительно права и обязанности по заключенным с рекламодателями сделкам, но не возникают права и обязанности рекламораспространителя.

Как видно из имеющейся судебной практики, суды придерживаются аналогичной позиции (например, судебные акты по делу № А38-11226/2016).

Учитывая изложенное, рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является ООО «Парадиз».

Несмотря на предпринятые Коми УФАС России меры, установить рекламодателя рассматриваемой рекламы в течение сроков рассмотрения

дела не представилось возможным.

Согласно уставу ООО «Парадиз» руководство текущей деятельностью Общества осуществляется единоличным исполнительным органом Общества – <...>.

Из сведений ЕГРЮЛ, размещённых на сайте ФНС России, следует, что <...> ООО «Парадиз» является <...>.

С учетом изложенного, должностным лицом ООО «Парадиз», по вине которого произошло нарушение рекламного законодательства, в рассматриваемом случае является <...> Общества – <...>.

Комиссией в ходе рассмотрения рекламного дела установлено, что нарушение требований, установленных ч. 7 ст. 24 Закона о рекламе, произошло по вине рекламораспространителя рассматриваемой рекламы - ООО «Парадиз» и должностного лица Общества - <...>.

Из материалов рекламного дела усматривается, что ООО «Парадиз» и <...> не предпринято должных мер, направленных на соблюдение требований законодательства Российской Федерации о рекламе при распространении рассматриваемой рекламы, что и привело к нарушению.

Таким образом, ООО «Парадиз» и <...> нарушены требования ч. 7 ст. 24 Закона о рекламе.

Из имеющихся материалов вина <...>, И П <...> в распространении рассматриваемой ненадлежащей рекламы не усматривается. В связи с чем, производство по делу № 011/05/24-670/2019 в отношении указанных лиц подлежит прекращению.

Из материалов рекламного дела усматривается, что рассматриваемая реклама распространялась на территории г. Сыктывкара с 18.09.2019 по 27.09.2019. На дату вынесения решения факт распространения рассматриваемой рекламы не имеет места, что подтверждается имеющимися в материалах рекламного дела фотографиями.

В связи с чем, Комиссия сочла нецелесообразной выдачу ООО «Парадиз» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и прекращении распространения ненадлежащей рекламы.

На основании изложенного, руководствуясь п. 4 ст. 3, п. 2 ч. 1 ст. 33, п. 7 ч. 2 ст. 33, ч. 1 ст. 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37 – 43, 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, п. 3.58 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по

рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденного Приказом ФАС России от 23.11.2012 № 711/12,

Р Е Ш И Л А:

1. Признать рекламу следующего содержания: «Экспресс-отбеливание зубов Цвет кожи может быть любым Цвет улыбки – только белым ТЦ «Июнь», Октябрьский проспект 131/3 72-73-95», размещённую на рекламной конструкции, установленной в г. Сыктывкаре на пересечении Октябрьского проспекта и улицы Печорской, ненадлежащей, поскольку она распространена с нарушением требований ч. 7 ст. 24 Закона о рекламе.
2. Предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе и прекращении распространения ненадлежащей рекламы ООО «Парадиз» (ОГРН 1151101009905, ИНН 1101055696, КПП 110101001) не выдавать, поскольку распространение ненадлежащей рекламы, указанной в п. 1 настоящего решения, прекращено.
3. Производство по делу № 011/05/24-670/2019 в отношении <...> прекратить.
4. Производство по делу № 011/05/24-670/2019 в отношении И П <...> прекратить.
5. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Коми УФАС России для возбуждения в отношении ООО «Парадиз» (ОГРН 1151101009905, ИНН 1101055696, КПП 110101001) дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 5 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.
6. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Коми УФАС России для возбуждения в отношении <...> ООО «Парадиз» <...> дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 5 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение в полном объеме изготовлено 20 февраля 2020 года. Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня принятия решения в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

председатель комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>