

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

о возбуждении дела № 055/05/18-965/2023 и назначении дела к рассмотрению

30 августа 2023 года

г. Омск

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее – Омское УФАС России, Управление) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе <...> – заместителя руководителя Омского УФАС России, рассмотрев материалы, свидетельствующие о признаках нарушения обществом с ограниченной ответственностью «ОЛИМП МЕДИКАЛ ГРУПП» (ИНН 5504166780, ОГРН 1145543081936, далее – ООО «ОЛИМП МЕДИКАЛ ГРУПП») части 1 статьи 18 и части 7 статьи 24 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России поступило обращение <...> по факту направления 01.08.2023 в 03:21 час. и 02.08.2023 в 03:21 час. на принадлежащий ему абонентский номер <...> посредством мессенджера «WhatsApp» от отправителя «**Divera**» (абонентский номер <...>) двух смс-сообщений рекламного характера:

«Добрый день! Приглашаем вас проверить щитовидную железу! Акция! «Диагностика щитовидной железы»

- Прием эндокринолога

- УЗИ щитовидной железы и лимфоузлов

- ТТГ

- Т3 свободный

- Т4

- АТ-ТПО

- Забор крови

ВСЕГО ЗА 2100 руб. Подобрать для вас удобное время? г. Омск, Куйбышева, 56».

Согласно информации из Базы данных перенесенных абонентских номеров, абонентский номер <...> принадлежит к ресурсу нумерации ПАО «МТС».

По информации ПАО «МТС», абонентский номер <...> выделен в пользование ООО «ОЛИМП МЕДИКАЛ ГРУПП» на основании договора об оказании услуг связи от 09.06.2021.

На запрос Омского УФАС России ООО «ОЛИМП МЕДИКАЛ ГРУПП» 22.08.2023 была представлена информация (вх. № 7785-ЭП/23), согласно которой: «...из текста направленного сообщения следует, что адресата приглашают на медицинскую услугу - прием эндокринолога, которая включает в себя УЗИ щитовидной железы и лимфоузлов, ТТГ, Т3 свободный, Т4, АТ-ТПО, Забор крови.

Указанные диагностические процедуры выполняются по специальной цене, исключительно в комплексе после приема эндокринолога и по его направлению.

Данное сообщение не предусматривает рекламу какого-либо отдельного вида услуг: УЗИ щитовидной железы и лимфоузлов, ТТГ, Т3 свободный, Т4, АТ-ТПО, Забор крови.

Данное сообщение несет информацию о наличии комплекса услуг - «Диагностика щитовидной железы» за 2100 руб. который первым этапом предусматривает непосредственный прием эндокринолога = консультацию специалиста.

То есть самой медицинской услугой рекламируемой данным сообщением фактически является именно прием эндокринолога, в рамках которого по его назначению будет осуществлена диагностика.

Сам по себе прием эндокринолога является той самой консультацией специалиста, о которой требуется предупреждать потребителя при рекламировании иной медицинской услуги.

Соответственно предупреждение о наличии противопоказаний и необходимости получения консультации специалистов в рассматриваемом случае не требуется.

Часть 7 ст. 24 ФЗ «О рекламе» охраняет интересы потребителя и обязывает рекламодателя предостерегать его от приобретения медицинских услуг без консультации специалиста (что также является медицинской услугой).

Вместе с тем данная норма не предусматривает предупреждение потребителя о необходимости консультации специалиста при рекламировании медицинской услуги, выраженной именно в самой консультации специалиста.

В ином случае из положения закона следовало бы что рекламодатель должен предупредить потребителя о том, что перед тем как приобрести медицинскую услугу по консультации специалиста ему следует проконсультироваться со специалистом, что не соответствует действительному смыслу ч. 7 ст. 24 ФЗ «О рекламе».

Медицинская услуга по приему врача эндокринолога сама по себе является консультацией специалист и не может иметь противопоказаний.

Таким образом в рассматриваемом случае размещение предупреждения, установленного ч. 7 ст. 24 ФЗ «О рекламе» в направленном ООО «ОМГ» <...> сообщении, не требовалось.

Кроме того, ч. 7 ст. 24 ФЗ «О рекламе» не регламентирует объем и продолжительность предупреждения в случае распространения рекламы по сетям электросвязи, таким образом даже если рассматривать направленное <...> сообщение в отрыве от его конкретной смысловой нагрузки и считать, что была необходима ссылка на консультацию специалиста, то такая ссылка выражена в указании на прием эндокринолога, соответственно необходимое предупреждение путем указания информации о консультации специалиста (эндокринолога) выполнено.

Таким образом ООО «ОМГ» в любом случае не нарушены положения части 7 статьи 24 ФЗ «О рекламе».

2. Согласно ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В рассматриваемом случае у ООО «ОМГ» имеется согласие <...> на получение рекламы.

В 2021 г. <...> пользовался услугами ООО «ОМГ» и предоставлял согласие на получение рекламы в свой адрес. Указанное подтверждается договором с <...>.

Пунктом 22 договора предусмотрено что подписанием договора Потребитель разрешает Исполнителю использовать номер мобильного телефона и электронный адрес Потребителя для поддержания связи и осуществления отправки СМС-сообщений на указанный в Договоре мобильный телефон и осуществления отправки электронных писем на указанный в договоре электронный адрес для информирования о поступлении новых услуг, оповещения о проводимых акциях, мероприятиях, их результатах; для осуществления заочных опросов с целью изучения мнения об услугах предоставляемых Исполнителем.

<...> имел возможность отказаться от получения сообщений для информирования о поступлении новых услуг, оповещениях о проводимых акциях, мероприятиях, как при подписании договора, так и в любое другое время, но не заявлял об этом.

Номер телефона <...> указанный в договоре <...>, соответствует номеру, на который поступило сообщение, по причине которого <...> подана жалоба.

На основании изложенного в рассматриваемом случае положения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» ООО «ОМГ» не нарушены».

23.08.2023 в адрес Управления представлены дополнительные пояснения ООО «ОЛИМП МЕДИКАЛ ГРУПП» (вх. № 7842ЭП/23), где указано следующее: «...10.10.2021 между <...> и ООО «ОМГ» заключался договор об оказании медицинских услуг № 1026.18 (далее - Договор).

Согласно п. 15 Договора договор признается заключенным с момента его подписания сторонами и действует до 31.12.2021г., а в части расчетов, до полного исполнения сторонами обязательств по договору.

Текст Договора также содержит положение о взимании с <...> согласия на получение рекламы в соответствии с требованиями ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Вместе с тем ООО «ОМГ» обращает внимание на тот факт, что п. 15 Договора регулирует именно гражданские отношения сторон, связанные непосредственно с исполнением предмета договора, а именно с оказанием медицинских услуг.

Данный пункт устанавливает временной отрезок, в пределах которого стороны договора обязаны исполнять друг перед другом принятые ими по условиям договора встречные обязательства.

Полученное ООО «ОМГ» от <...> в рамках подписания Договора согласие на рассылку в его адрес рекламы в соответствии с ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» не связано с исполнением сторонами встречных обязательств по Договору.

Данное согласие имеет самостоятельный характер, фактически является односторонним волеизъявлением <...> и не имеет срока действия.

Отношения сторон по получению согласия регулируются ФЗ «О рекламе».

При этом положения ФЗ «О рекламе» не устанавливают срок действия такого согласия, а также не определяют необходимость его регулирования, соответственно, выданное абонентом согласие, является бессрочным.

Указанное прослеживается из самой формулировки ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» которая содержит указание на то что рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с требованием о прекращении рассылки.

Таким образом, согласие на рекламную рассылку в соответствии с ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» выдается бессрочно, при этом абонент в любое время вправе заявить субъекту, распространяющему рекламу об отзыве ранее выданного согласия.

Отдельно ООО «ОМГ» обращает внимание на то что <...> уже после получения сообщения от ООО «ОМГ» воспользовался своим правом и заявил отказ от получения рекламной рассылки.

С момента заявления <...> об отзыве ранее выданного согласия ООО «ОМГ» незамедлительно исключило его из состава лиц, от которых получено согласие на получение сообщений рекламного характера».

По определению, данному статьей 3 Федерального закона «О рекламе»:

реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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;

объект рекламирования - это 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;

товар - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Распространенная информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками – распространена по сетям электросвязи, направлена на привлечение внимания к медицинским услугам.

При этом указанная реклама была распространена с нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе:

1. В соответствии с Федеральным законом от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» медицинская деятельность - профессиональная деятельность по оказанию медицинской помощи, проведению медицинских экспертиз, медицинских осмотров и медицинских освидетельствований, санитарно-противоэпидемических (профилактических) мероприятий и профессиональная деятельность, связанная с трансплантацией (пересадкой) органов и (или) тканей,

обращением донорской крови и (или) ее компонентов в медицинских целях.

При этом под медицинской помощью понимается комплекс мероприятий, направленных на поддержание и (или) восстановление здоровья и включающих в себя предоставление медицинских услуг.

Медицинская услуга - медицинское вмешательство или комплекс медицинских вмешательств, направленных на профилактику, диагностику и лечение заболеваний, медицинскую реабилитацию и имеющих самостоятельное законченное значение. Выполнение медицинских вмешательств осуществляется только медицинскими работниками.

Приказом Минздрава России от 13.10.2017 № 804н «Об утверждении номенклатуры медицинских услуг» утверждена Номенклатура медицинских услуг, представляющая собой систематизированный перечень кодов и наименований медицинских услуг в здравоохранении, согласно которой прием (осмотр, консультация) врача-эндокринолога первичный относится к классу «В» код медицинской услуги В01.058.001, прием (осмотр, консультация) врача-эндокринолога повторный относится к классу «В» код медицинской услуги В01.058.002, ультразвуковое исследование щитовидной железы и паращитовидных желез относится к классу «А» код медицинской услуги А04.22.001, исследование уровня тиреотропного гормона (ТТГ) в крови относится к классу «А» код медицинской услуги А09.05.065, исследование уровня общего трийодтиронина (Т3) в крови относится к классу «А» код медицинской услуги А09.05.060, исследование уровня общего тироксина (Т4) сыворотки крови относится к классу «А» код медицинской услуги А09.05.064.

Указание в рекламе способов воздействия на организм человека, полностью совпадающих с наименованием медицинских услуг, содержащихся в Номенклатуре, позволяет квалифицировать такую рекламу в качестве рекламы медицинских услуг, при отсутствии в такой рекламе иной информации, позволяющей выделить иные объекты рекламирования, в том числе при отсутствии в рекламе раскрытия содержания того или иного метода профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации.

В силу части 7 статьи 24 Федерального 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.

В смс-сообщениях, направленных 01.08.2023 в 03:21 час. и 02.08.2023 в 03:21 час. на абонентский номер <...> посредством мессенджера «WhatsApp» от отправителя «Divera» (абонентский номер <...>), информация, предусмотренная частью 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе» отсутствовала.

2. По утверждению заявителя, рекламная информация была направлена без его предварительного согласия на получение рекламы, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», согласно которой распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

При этом именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на получение рекламы, и именно он несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы.

Исходя из правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», **согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.**

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

В целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда

Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама **форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.**

Предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы.

Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности, что недопустимо в контексте пункта 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

В адрес Омского УФАС России представлена копия договора об оказании медицинских услуг № 1026.18 от 10.10.2021, заключенного между <...> и ООО «ОЛИМП МЕДИКАЛ ГРУПП» (далее – Договор).

В пункте 22 Договора дословно указано следующее: *«Подписанием настоящего договора Потребитель Исполнителю использовать номер мобильного телефона и электронный адрес Потребителя для поддержания связи и осуществления отправки электронных писем на указанный в договоре электронный адрес для информирования о поступлении новых услуг, оповещения о проводимых акциях, мероприятиях, их результатах; для осуществления заочных опросов с целью изучения мнения об услугах, предоставляемых Исполнителем».*

При этом указанный пункт **не содержит информации о действии Потребителя – разрешает/не разрешает** (либо иная формулировка), что не позволяет однозначно определить волеизъявление <...> на получение рекламы от ООО «ОЛИМП МЕДИКАЛ ГРУПП».

Одновременно стоит отметить, что типовой бланк указанного Договора не содержит соответствующей графы (чек-бокса), позволяющей клиенту реализовать свое право выбора на получение либо отказ от получения рекламной информации.

Включение обязательного условия о даче согласия на получение рекламы при заключении договора об оказании медицинских услуг противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Таким образом, в действиях ООО «ОЛИМП МЕДИКАЛ ГРУПП», выразившихся в направлении 01.08.2023 в 03:21 час. и 02.08.2023 в 03:21 час. в адрес заявителя (абонентский номер <...>) посредством мессенджера «WhatsApp» от отправителя «Divera» (абонентский номер <...>) двух смс-сообщений рекламного характера усматриваются признаки нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Пунктом 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» установлено, что рекламодаделец - это изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Исходя из определений, данных в пунктах 5 и 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», ООО «ОЛИМП МЕДИКАЛ ГРУПП» является и рекламоделем, и рекламораспространителем.

Частью 6 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» установлено, что рекламодаделец несет ответственность за нарушение требований части 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе».

В силу части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 и части 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе».

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 2, 13, 24,25 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922,

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Возбудить производство по делу № 055/05/18-965/2023 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 и части 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе».

2. Признать лицами, участвующими в деле:

- заявитель – <...>;

- лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - ООО «ОЛИМП МЕДИКАЛ ГРУПП» (ИНН 5504166780, ОГРН 1145543081936, адрес: <...>).

3. Назначить дело № 055/05/18-965/2023 к рассмотрению **на 20 сентября 2023 в 15:30 часов** по адресу: 644010, г. Омск, пр. К. Маркса, д. 12 А, к. 102.

4. ООО «ОЛИМП МЕДИКАЛ ГРУПП» в срок **до 15 сентября 2023 года** представить в адрес Омского УФАС России письменный отзыв на настоящее определение (при необходимости).

Рассмотрение дела может осуществляться дистанционно.

Ссылки на предоставление возможности участия в рассмотрении дела об административном правонарушении путем видеоконференцсвязи (далее – ВКС): <https://fas3.tconf.rt.ru/c/1988046161>.

С инструкцией для участников ВКС можно ознакомиться по ссылке: https://fas.gov.ru/in_ca.pdf.

Председатель Комиссии <...>