

РЕШЕНИЕ

по делу № 12-03-5-02/693

29 декабря 2012 г.

г. Волгоград

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Волгоградской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии - заместитель руководителя Управления –
Никуйко Ирина Борисовна,
Члены Комиссии - заместитель начальника отдела контроля
недобросовестной конкуренции и рекламы -
Алимова Елена Владимировна,
государственный инспектор отдела контроля
недобросовестной конкуренции и рекламы
- Булах Дарья Александровна,
государственный инспектор отдела контроля
недобросовестной конкуренции и рекламы
- Тьянкина Анна
Александровна,

рассмотрев дело № 12-03-5-02/693 по признакам нарушения ч.6. ст. 5 ФЗ РФ «О рекламе» от 13.03.2006 г. № 38-ФЗ (ФЗ «О рекламе»), возбужденное в отношении ООО «Тева» (...), ООО «Дайверсити» (...),

с участием представителей от ООО «Тева» ... (Доверенность от 20.12.2012г., личности удостоверены по паспорту),

от ООО «Дайверсити» представитель не явился, о времени и месте рассмотрения дела Общество извещено надлежащим образом,

от ЗАО Издательский дом «Комсомольская Правда» представитель не явился, о времени и месте рассмотрения дела Общество извещено надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

Специалистами отдела контроля недобросовестной конкуренции и рекламы Волгоградского УФАС России было выявлено размещение в газете «Комсомольская правда» рекламы следующего содержания: «Не откладывай Sex до зарплаты. Голубая монетка. Эрекция – это не роскошь. В 3 раза доступнее. Узнай подробности на сайте www.legok-na-podyem.ru или по телефону горячей линии 8-800-25-000-11. ООО «Тева» 119049, Москва, ул. Шаболовка, д. 10, тел.: +7(495) 644-22-34, факс: +7 (495) 644-22-35/36».

В рекламе использовано изображение открытого кошелька. Такое же изображение используется и на сайте WWW.LEGOK-NA-PODYEM.RU, к которому потребителям рекламы предлагается обратиться для получения подробностей.

Данная информация размещена на 1/2 полосы в федеральных выпусках газеты «Комсомольская правда» за 24-31.05.2012г. на стр. 39, за 19-26.07.2012 на стр. 37.

В таком же объеме рассматриваемая информация размещалась в газете «Аргументы и Факты» и «АиФ Здоровье» (23.05.2012, 24.05.2012, 27.06.2012, 14.06.2012, 25.07.2012, 05.07.2012, 10.10.2012, 06.09.2012г. согласно приложений к договору № 1177/11 от 01.02.2012г.)

Согласно п.п.1 ст. 3 ФЗ «О рекламе» № 38-ФЗ от 13.03.2006 г. 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.

Положения Федерального закона «О рекламе», относящиеся к изготовителю товара, распространяются также на лиц, выполняющих работы или оказывающих услуги (ч. 3 ст. 2 ФЗ «О рекламе»).

Рассматриваемая информация отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы.

Правилами рассмотрения антимонопольными органами дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе (утверждены постановлением Правительства РФ от 17.08.2006г. № 508) предусмотрено, что дела по фактам распространения рекламы, содержащей признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, возбуждаются и рассматриваются территориальным органом Федеральной антимонопольной службы по месту нахождения (месту жительства) лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства РФ о рекламе.

В случае распространения рекламы, содержащей признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, только на территории, подведомственной одному территориальному органу Федеральной антимонопольной службы, дела возбуждаются и рассматриваются по месту распространения такой рекламы.

В рассматриваемом случае реклама распространялась на федеральных полосах газет.

13 ноября 2012 г. за входящим номером 9121 в адрес Волгоградского УФАС России поступило письмо Федеральной антимонопольной службы (исх. № АК/34729 от 29.10.2012г.) о наделении Волгоградского территориального органа ФАС полномочиями на возбуждение и рассмотрение дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в отношении ООО «Тева» и ООО «Дайверсити».

ООО «Тева» имеет место нахождения в г. Москва, ул. Шаболовка, д. 10, корп. 1. Общество действует на основании Устава 2012г. (...).

В соответствии с Уставом Общество осуществляет следующие виды деятельности: закупка и продажа, импорт и экспорт, хранение лекарственных веществ, лекарственных и косметических препаратов, оказание услуг по маркетингу, инжинирингу, рекламе, сбыту, производство основной фармацевтической продукции, препаратов и материалов.

Как указало Общество в письме от 21.12.2012г. № Т-3693, ООО «Тева» является компаний по производству генериков (воспроизведенных непатентованных лекарственных препаратов). Общество сконцентрировало свои усилия на предоставлении высококачественных, эффективных, современных и доступных по цене лекарственных средств.

В ответе на запрос ЗАО «ИД Комсомольская Правда» (вх. № 5375 от 16.07.2012г.) указало, что реклама «Не откладывай Sex до зарплаты» был размещен в майском выпуске газеты на основании гарантийного письма рекламодателя ООО «Дайверсити» (...).

В связи с поступившим запросом ЗАО «Аргументы и Факты» сообщило, что реклама «Не откладывай Sex до зарплаты. Голубая монетка...» размещалась в газете «Аргументы и Факты» на основании договора № 1177/11 от 01.021.2012г. между ЗАО «Аргументы и Факты» и ООО «ПромоГид» (письмо вх. № 10208 от 21.12.2012г.)

О рекламе «Не откладывай Sex до зарплаты» ООО «Тева» представило Комиссии следующую информацию:

- 30 марта 2012 года ООО «Тева» заключило Приложения № 16, 17 и 18 к Договору об оказании услуг № 117 от 21 ноября 2011 года с ООО «Дайверсити». ООО «Дайверсити» в качестве исполнителя обязалось выполнить в период с 01 апреля 2012 года по 31 декабря 2012 года работы по комплексному продвижению сайта www.legok-na-podvem.ru с целью распространения знаний о проблеме эректильной дисфункции и способах ее решения среди мужчин старше 35 лет (п.п. 1.1.1.). Данные работы включили в себя размещение рекламного материала в печатных изданиях в соответствии с медиапланом, содержащемся в Дополнениях № 1 к каждому из Приложений.

- Указанными приложениями к договору предусмотрено размещение рекламного материала до 31 декабря 2012 года. С 01 января 2013 года размещение рекламного материала в прессе и на интернет-сайте www.legok-na-podvem.ru будет прекращено.

- Согласно положениям ст. 3 Федерального закона «О рекламе» № 38-ФЗ от 13 марта 2006 года, рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо. В качестве рекламодателя рекламного материала выступило ООО «Тева», поскольку только оно имеет возможность определить объект рекламирования, содержащий её товарный знак. Согласно ч. 6 ст. 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение, рассматриваемое в рамках настоящего дела, несет рекламодатель.

- При таких обстоятельствах ООО «Тева» полагает, что в отношении ООО «Дайверсити», действующего в качестве исполнителя по договору оказания услуг с ООО «Тева», рассмотрение дела должно быть прекращено, поскольку ООО «Дайверсити» не выступало и не могло выступать в качестве рекламодателя.

- Рекламный материал «Не откладывай Sex до зарплаты. Голубая монетка. Эрекция – это не роскошь. В 3 раза доступнее. Узнай подробности на сайте www.legok-na-podvem.ru или по телефону горячей линии 8-800-25-000-11. ООО «Тева» 119049, Москва, ул. Шаболовка, д. 10, тел.: +7(495) 644-22-34, факс: +7 (495) 644-22-35/36» направлен на привлечение внимания к интернет-сайту www.legok-na-podvem.ru и горячей линии 8-800-25-000-11. Данные информационные ресурсы освещают проблему эректильной дисфункции, предоставляя необходимую информацию о существующих в настоящее время способах лечения эректильной дисфункции.

- По мнению ООО «Тева», рассматриваемый Комиссией антимонопольного органа рекламный материал не содержит непристойные или оскорбительные образы. В качестве обоснования своей позиции Общество предоставило Комиссии: Заключение Государственного центра современного искусства и Опрос общественного мнения, проведенный Левада-Центром (приобщены к материалам дела).

Представители ООО «Тева» на заседании Комиссии, состоявшемся 26 декабря 2012г., в полном объеме подтвердили представленные Обществом письменные объяснения.

Заслушав пояснения представителей ООО «Тева», изучив материалы дела, Комиссия Волгоградского УФАС России установила следующее.

Приложениями № 16- 87 от 30.03.2012г. к договору № 117 от 21.11.2011г. за Исполнителем (ООО «Дайверсити») была закреплена обязанность по проведению количественных исследований для препарата «Динамика» по категории средств лечения и профилактики проблем эректильной дисфункции на территории Российской Федерации, по организации разработки и размещения информационного макета с анонсом сайта в печатных изданиях в соответствии с медиапланом (в том числе, по проведению переговоров с представителями издательских домов), а также по осуществлению предпечатной подготовки рекламных материалов и редактуры для размещения в каналах продвижения.

От ООО «Дайверсити» поступили также объяснения в рамках дела № 12-03-5-02/693. ООО «Дайверсити» просило прекратить дело в его отношении, указав, что лицом, определившим объект рекламирования при размещении рекламного материала «Не откладывай Sex до зарплаты» выступило ООО «Тева».

Таким образом, ООО «Дайверсити» осуществляло распространение рекламы, выступая в рассматриваемом случае в качестве рекламодателя (подп. 7 ст. 3 ФЗ «О рекламе»).

Пунктом 5 ст. 3 ФЗ РФ «О рекламе» № 38-ФЗ от 13.03.2006 г. установлено, что рекламодателем является изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо. В рассматриваемом деле в качестве рекламодателя выступало ООО «Тева».

Материалами дела подтверждаются следующие обстоятельства:

- обязательства по размещению рекламной информации рекламодателя ООО «Тева» (марка «Легок на подъем») по договору № 60285 от 29.05.2012г. с ООО «Дайверсити» приняло ООО «Хёрст Шкулёв Медиа» (г. Москва). Последнее обязалось оказать услуги по распространению рекламной информации Заказчика на Интернет ресурсе www.wday.ru, www.elle.ru, [www.ellegerl.ru](http://www/ellegerl.ru), www.maximonline.ru, www.psychologies.ru. Приложением к договору № 60285 Сторонами утверждены сроки размещения рекламы (динамически обновляемые графические или текстовые модули, встраиваемые в код страницы Интернет ресурса, доступные для просмотра и совершения действий пользователями, содержащие информацию, адресованную неопределённому кругу лиц и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке) 18.06.12-24.06.12. Однако срок действия договора № 60285 от 29.05.2012г. предусмотрен в 12 календарных месяцев с возможностью автоматической пролонгации (п. 5.1.)

- ООО «Мастерская рекламы» (г. Москва) по договору № 3 от 18.01.2012г. приняло на себя обязательства организовать размещение информационного макета, предоставленного ООО «Дайверсити» в печатных изданиях «АиФ» (2 публикации, тираж 2500000), «АиФ Здоровье» (2 публикации, тираж 501300), «АиФ Лекарственное обозрение» (1 публикация, тираж 25000), «АиФ ПРО Кухню» (1 публикация, тираж 250000). Содержание макета рекламы, предназначенный для публикации по данному по договору, соответствует рассматриваемой в данном деле рекламе (дополнение № 1 от 27.04.2012г. к приложению № 12 от 24.04.12 к договору № 3 от

18.01.23012г.) В материалах дела имеется отчет от 30.06.2012г. ООО «Мастерская реклама» об объемах и видах выполненных в рамках договора № 3 от 18.01.2012г.

- Кроме газеты «Комсомольская Правда» и изданий «Аргументы и Факты» (в том числе региональные приложения), рекламные материалы «Лёгко на подъём» размещались в журнале «FHM For Him Magazine для мужчин», «XXL мужской журнал», «Автомир», «РБК», «Максим – русское издание», «Советский спорт Футбол» (в том числе специальный выпуск «Евро 2012»), «Советский спорт Олимпиада», специализированная газета «Медицинская карта», «Аргументы Недели Россия».

Приморским УФАС России в адрес Волгоградского УФАС России было передано обращение гражданина (вх. № 6426 от 25.09.2012г.) в отношении рекламы ООО «Тева», размещенной в газете «Аргументы и Факты. Приморье» № 38 от 19-25.09.2012г. на стр. 7 («Не откладывай Sex до зарплаты. Голубая монетка. Эрекция – это не роскошь. В 3 раза доступнее. Узнай подробности на сайте www.legok-na-podyem.ru или по телефону горячей линии 8-800-25-000-11. ООО «Тева» 119049, Москва, ул. Шаболовка, д. 10, тел.: +7(495) 644-22-34, факс: +7 (495) 644-22-35/36». В рекламе использовано изображение открытого кошелька.)

Гражданин считает, что данная реклама является ненадлежащей, поскольку изображенный в рекламе раскрытый кошелек является «картинкой двусмысленного значения, с явным подтекстом интимного характера, а проще говоря напоминает половые органы. Фразы, расположенные на этой же картинке, усиливают двойственное значение рекламы»⁽¹⁾.

Как было отмечено, в качестве обоснования правомерности своих действий ООО «Тева» предоставило Комиссии Заключение Государственного центра современного искусства и Опрос общественного мнения, проведенный Левада-Центром.

Комиссия Волгоградского УФАС России, изучив представленные материалы, не принимает их в качестве обоснования правомерности действий рекламодателя по следующим основаниям:

- В своих объяснениях ООО «Тева» указывает, что согласно ЗаклЮчению Государственного центра современного искусства (ГЦСИ) при Министерстве культуры Российской Федерации от 12 апреля 2012 года №3-164 (заклЮчение ГЦСИ) рекламный материал «не содержит в себе явных или скрытых порнографических образов, не имеет порнографического содержания, не представляет опасность для нравственного состояния общества и подрастающего поколения», «публикация данного рекламного изображения не требует возрастных и иных ограничений».

Однако Комиссией в деле № 12-03-5-02/693 не рассматривается вопрос о наличии или отсутствии в рекламе «Не откладывай Sex до зарплаты. Голубая монетка. Эрекция – это не роскошь» информации порнографического характера.

На момент распространения рекламы ООО «Тева» действовали положения ФЗ «О рекламе», в соответствии с которыми в рекламе не допускается использование бранных слов, непристойных и оскорбительных образов, сравнений и выражений (ч. 6 ст. 5 ФЗ «О рекламе»).

В самом заклЮчении указано, что реклама препарата, повышающего мужскую потенцию, представляет собой фотоснимок раскрытого пустого кошелька в сопровождении надписи «Не откладывай Sex до зарплаты». Отмечено, что форма клапанов раскрытого кошелька и цвет подкладки могут вызвать аллюзии (лат. allusio — «намёк») с женскими половыми органами, указывается на условное физиологическое сходство изображенного кошелька с вагиной.

- Комиссии не были представлены вопросы, которые были поставлены заказчиком опроса о рекламном материале перед Аналитическим центром Юрия Левады.

ООО «Тева» в своих объяснениях указало, что для анализа восприятия рекламного материала у россиян Аналитическим центром Юрия Левады был проведен опрос общественного мнения в отношении Рекламного Материала (Опрос Левада-Центра). Участникам Опроса Левада-Центра было предложено изображение, содержащее рекламный материал, и был задан вопрос об объекте рекламирования.

Сроки проведения опроса 16-30 мая 2012г. (т.е. период, включающий начало публикации рассматриваемой рекламы в печатных изданиях. В частности «Комсомольская Правда»)

В соответствии с представленными материалами вопрос о рекламном материале сайта www.legok-na-podyem.ru, был включен в майский всероссийский омнибус Аналитического центра Юрия Левады: «Что из следующего, по Вашему мнению, рекламируется данным рекламным материалом?» Респондентам предлагалась карточка с рекламным материалом, карточка содержала изображения открытого кошелька.

При этом важно, что постановка вопроса «Что из следующего...» предполагает представление опрашиваемым лицам вариантов ответа.

С учетом вышеизложенного были получены следующие ответы об объекте рекламирования: способы / пути решения сложностей с эрекцией», «кошельки и кожаные аксессуары» и «интернет сайт»

В результатах Опроса указано, что комментируя заданный вопрос (какой вопрос не указано), 26% от всех опрошенных сказали, что видят на этом рекламном материале изображение «кошелька / борсетки / сумки / косметички». При этом, 3% ответили, что видят на данном рекламном материале изображение «полового органа», 57% опрошенных не дали никаких комментариев.

Однако Комиссия рассматривает вопрос не о том, насколько верно потребителями определяется объект рекламирования, а соответствуют ли способы (в том числе образы), используемые в рекламе, общим требованиям, установленным ст. 5 (в частности, ч. 6 ст. 5) ФЗ «О рекламе»

Исходя из разъяснений Пленума ВАС РФ (постановление от 08.10.2012 № 58) «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» непристойными являются образы крайне предосудительные и недопустимые ввиду неприличия (п. 16 постановления).

Рассматриваемая реклама препарата, повышающего мужскую потенцию, содержит фотоснимок раскрытого пустого кошелька. Специфичная форма клапанов раскрытого кошелька и розовый цвет подкладки представляют собой явный намек на наружные женские половые органы.

Комиссия пришла к выводу о том, что рассматриваемое изображение раскрытого кошелька можно полностью сопоставить с анатомическим описанием наружных половых органов женщины; использованная в рекламе ООО «Тева» фотография кошелька представляет собой явно натуралистическое изображение женских наружных половых органов. В данном случае Комиссией проанализирована совокупность всех элементов зрительного воздействия на потребителя, в том числе и объект рекламирования.

В современном обществе открытая демонстрация половых органов является непристойным и неприличным.

ФЗ «О рекламе» установил общие требования к рекламированию любых товаров (ст. 5). Данные требования должны соблюдаться всеми участниками правоотношений, регулируемых Законом о рекламе.

В соответствии с ч. 1 ст. 5 Закона о рекламе, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускается. Кроме того, ч. 6 ст. 5 ФЗ «О рекламе» установлен запрет на использование в рекламе непристойных и оскорбительных образов. В соответствии с п.4 ст. 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Учитывая изложенное, реклама «Не откладывай Sex до зарплаты. Голубая монетка. Эрекция – это не роскошь. В 3 раза доступнее. Узнай подробности на сайте www.legok-na-podyem.ru или по телефону горячей линии 8-800-25-000-11. ООО «Тева» 119049, Москва, ул. Шаболовка, д. 10, тел.: +7(495) 644-22-34, факс: +7 (495) 644-22-35/36», рекламодателем которой выступает ООО «Тева», является ненадлежащей, поскольку не соответствует ч.6 ст.5 ФЗ «О рекламе», т.к.содержит непристойный образ.

В соответствии с ч. 6 ст. 38 ФЗ «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных [частями 2 - 8 статьи 5](#), данного Федерального закона. Нарушение рекламодателями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе в силу ч.4 ст. 38 закона «О рекламе» № 38-ФЗ от 13.03.2006 г. влечёт за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

С учётом ч. 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе» рекламодатель - ООО «Дайверсити» не несет ответственность за нарушения рекламного законодательства (ч. 6 ст. 5 ФЗ «О рекламе»), установленные при рассмотрении дела № 12-03-5-02/693.

Представители ООО «Тева» указали, что с 2013г. в рекламе Общества, на сайте www.legok-na-podyem.ru будет прекращено использование изображения кошелька в связи с окончанием сроков выбранного медиаплана. На момент вынесения решения подтверждения о том, что ненадлежащая реклама, рассмотренная Комиссией, не распространяется отсутствуют.

Руководствуясь ч.2 п.1 ст.33, ч.1 ст.36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с п.п. 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу ООО «Тева» «Не откладывай Sex до зарплаты. Голубая монетка. Эрекция – это не роскошь. В 3 раза доступнее. Узнай подробности на сайте www.legok-na-podyem.ru или по телефону горячей линии 8-800-25-000-11. ООО «Тева» 119049, Москва, ул. Шаболовка, д. 10, тел.: +7(495) 644-22-34, факс: +7 (495) 644-22-35/36», в которой использовано изображение открытого кошелька, распространявшейся в период май 2012г. – декабрь 2012г. на территории Российской Федерации ненадлежащей, нарушающей требования части 6 статьи 5 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Тева» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Волгоградского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

(1) Цитата из обращения.