

РЕШЕНИЕ

по делу № 06-06/31-2018

21 июня 2018 года

город Омск

Комиссия Омского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее также - Комиссия) в составе:

председатель Комиссии – (...),

члены Комиссии: (...),

рассмотрев дело № 06-06/31-2018 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту размещения индивидуальным предпринимателем (...) рекламы в журнале «Антенна-Телесемь» № 5 (109) от 31.01.2018, содержащей признаки нарушения требований пункта 4 части 5 статьи 5; пункта 1 статьи 7; пунктов 2, 7, 8 части 1 статьи 24 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в отсутствие лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – (...), извещенной надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

В ходе осуществления государственного надзора за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе Управлением Федеральной антимонопольной службы по Омской области выявлен факт размещения в журнале «Антенна-Телесемь в Омске» № 5 (109) от 31.01.2018 (стр. 12-13) рекламной статьи «Аппарат, который может изменить жизнь и вернуть здоровье!» с рекламой аппарата «Надежда» (справка о проведении проверки от 06.02.2018) следующего содержания:

«...Аппарат, который дарит надежду на безболезненное будущее человека, - это «Надежда»! Действительно, «Надежда» - удивительный аппарат, который умеет устранять болевые симптомы наравне с известными, хотя и достаточно токсичными болеутоляющими препаратами...

Представьте, что у Вас сильно разболелось колено, стопа, локоть или спина. И Вы

вместо привычной таблетки закрепляете самоклеющийся электрод и просто включаете аппарат одним касанием. И исцеление начинается. Вот только в отличие от фармпрепаратов «Надежда» не оставит после себя токсичных веществ, которые разрушительно действуют на Ваш организм, а бережно и быстро избавит Вас от боли...

...В основе аппарата «Надежда» лежит воздействие электрическими импульсами. Но это совсем не традиционный метод... По оценкам как российских, так и зарубежных специалистов эффективность такого подхода в десятки, а то сотни раз превосходит традиционные способы воздействия...

...По сути мы имеем аппарат, которым может пользоваться каждый человек. Он доступен по цене, прост в обращении, а его возможности не оставят никого равнодушным... Аппарат «Надежда» - достаточно компактный и может приносить Вам исцеление любом месте, где есть электрическая розетка. На даче, в путешествии, в командировке, да где Вам удобно!

...В «Надежде» все иначе, здесь нет места догадкам. И здесь нет места слепой удаче. Все строго научно и фантастически эффективно.

... «Надежда» - это даже не шанс, это выход из казалось бы безвыходных ситуаций...».

В соответствии с регистрационным удостоверением № РЗН 2015/3004 от 31.08.2015 аппарат физиотерапевтический «Надежда» является медицинским изделием (производитель ООО Научно-производственная фирма «Невотон», г. Санкт-Петербург, ул. Грибакиных, д. 25, корп. 3), что подтверждается реестровой записью за № 5997 в государственном реестре медицинских изделий, размещенном на официальном сайте Росздравнадзора <http://www.roszdravnadzor.ru>.

В соответствии с [пунктом 1 статьи 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.

Согласно [пункту 2](#) статьи 3 Федерального закона «О рекламе» объект рекламирования - 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.

[Пункт 3](#) статьи 3 Федерального закона «О рекламе» содержит определение товара, согласно которому товар - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Вышеуказанная информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками – распространена в адрес неопределенного круга лиц, направлена на привлечение внимания, формирование и поддержание интереса к медицинскому изделию – аппарату физиотерапевтическому «Надежда».

В размещенной рекламе аппарата «Надежда» содержатся признаки нарушения требований пункта 4 части 5 статьи 5; пункта 1 статьи 7; пунктов 2, 7, 8 части 1 статьи 24 Федерального закона «О рекламе».

По информации рекламодателя ООО «Херст Шкулев Медиа», реклама аппарата «Надежда» размещалась на основании Договора оказания рекламных услуг от 20.09.2017 во всех изданиях сети «Антенна-Телесемь» (перечень городов выхода изданий приведен в Приложении № 3 к Договору на оказание услуг по размещению рекламы № 74231 от 20.09.2017).

Рекламодателем вышеуказанной рекламы является индивидуальный предприниматель (...).

По ходатайству Омского УФАС России (исх. № 06-2346 от 20.03.2018), на основании пункта 6 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, ФАС России письмом от 18.04.2018 № АК/27412/18 наделила Омское УФАС России полномочиями по возбуждению и рассмотрению дела в отношении индивидуального предпринимателя (...) по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Определением от 22.05.2018 Омским УФАС России в отношении ИП (...) было возбуждено дело № 06-06/31-2018 по признакам нарушения пункта 4 части 5 статьи 5; пункта 1 статьи 7; пунктов 2, 7, 8 части 1 статьи 24 Федерального закона «О рекламе».

На определение Омского УФАС России № 06-06/31-2018 о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ИП (...) был представлен отзыв (вх. № 5307э от 14.06.2018), из которого следует:

«...Обращаем Ваше внимание, что законодательством Российской Федерации понятие «использование образа медицинского либо фармацевтического работника» не определено. Необходимо отметить, что образ медицинских и фармацевтических работников в рекламе аппарата «Надежда» не использован. Приведено мнение специалиста, которое носит информационный характер, а не рекламный, рядом с которым, размещено изображение человека с указанием его социального статуса, личность человека идентифицирована. Так же обращаю Ваше внимание, что в рекламе отсутствует образ человека в белом халате, не используется изображение медицинских приборов и символов.

В соответствии с пунктом 1 статьи 7 Федерального закона «О рекламе» не допускается реклама товаров, производство и (или) реализация которых запрещены законодательством Российской Федерации. Продажа товаров дистанционным способом регулируется Постановлением Правительства Российской Федерации от 27.09.2007 года 612 «Об утверждении Правил продажи дистанционным способом». В соответствии с п.5 названных Правил продажи не допускается продажа дистанционным способом алкогольной продукции, а также товаров, свободная реализация которых запрещена или ограничена законодательством Российской Федерации. Необходимо обратить внимание, что реализация медицинских изделий, а именно аппарата «Надежда» не запрещена и не ограничена Законодательством Российской Федерации, равно как и реализация названного медицинского изделия дистанционным способом.

В соответствии с Налоговым кодексом Российской Федерации «Разносная торговля - это розничная торговля, осуществляемая вис стационарной розничной сети путем непосредственного контакта продавца с покупателем в организациях, па транспорте, па дому или на улице. К данному виду торговли относится торговля с рук, лотка, из корзин или ручных тележек»...

...В связи с вышеизложенным, ссылка ФАС по Омской области на абзац 2 пункта 4 Правил продажи отдельных видов товаров, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 19.01.1998 №55 не обоснована, поскольку в данная норма устанавливает запрет реализацию указанных товаров при разносной торговле и исключает запрет на продажу аппарата дистанционным способом.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 24 реклама лекарственных средств не должна: содержать ссылки на конкретные случаи излечения от заболеваний, улучшения состояния здоровья человека в результате применения объекта рекламирования. Обращаю Ваше внимание, что в самой статье не содержится ссылок как на случаи излечения от заболеваний, так и на случаи улучшения состояния здоровья человека. Личное мнение людей, используемое в качестве приложения к рекламной статье, не может служить основанием считать такое мнение рекламой аппарата и не является, на наш взгляд, рекламным продуктом...

Следует отметить, что рекламная статья подробно описывает действие аппарата, его технические характеристики, диапазон работы, информацию о комплектации, описание аппарата и принципов его действия, награды. Данная информация носит исключительно информационный характер и не может создать впечатления ненужности консультации с медицинскими специалистами, равно как гарантировать положительное действие объекта рекламирования, его безопасность, эффективность и отсутствие побочных действий...».

Рассмотрев материалы дела, доводы, изложенные ИП (...) в отзыве на определение, Комиссия Омского УФАС России установила следующее.

1. В рекламной статье «Аппарат, который может изменить жизнь и вернуть здоровье!» приведено мнение доктора медицинских наук, заведующей отделением медицинской реабилитации ФГБУ «Детский научно-клинический центр инфекционных болезней» ФМБА России (...), т. е. использован образ медицинского работника, что противоречит требованиям пункта 4 части 5 статьи 5 Федерального закона «О рекламе».

Согласно пункту 4 части 5 статьи 5 Федерального закона «О рекламе» в рекламе не допускается использование образов медицинских и фармацевтических работников, за исключением такого использования в рекламе медицинских услуг, средств личной гигиены, в рекламе, потребителями которой являются исключительно медицинские и фармацевтические работники, в рекламе, распространяемой в местах проведения медицинских или фармацевтических выставок, семинаров, конференций и иных подобных мероприятий, в рекламе, размещенной в печатных изданиях, предназначенных для медицинских и фармацевтических работников.

При этом под образом понимается отражение в сознании объектов

материального мира, их наглядное, живое представление.

Указание в тексте рекламы профессии лица медицинской или фармацевтической деятельности и его специализации, приведение в рекламе фамилии, имени, отчества врача или фармацевта подпадают под понятие использования образа медицинского работника либо фармацевтического работника, поскольку позволяют идентифицировать данное лицо и однозначно определить его в качестве медицинского либо фармацевтического работника. При этом такие атрибуты профессиональной деятельности как белый халат и другие медицинские символы не являются обязательными атрибутами, создающими образ медицинского работника.

В этой связи использование в рекламной статье фразы «Мнение эксперта. Доктор медицинских наук, заведующая отделением медицинской реабилитации ФГБУ «Детский научно-клинический центр инфекционных болезней» ФМБА России (...) свидетельствует о том, что в распространенной рекламе используется образ именно медицинского работника.

2. В рекламе медицинского изделия «Надежда» содержится информация о возможности приобретения аппарата «Надежда» по выгодной цене при заказе данного товара по телефону бесплатной федеральной линии 8-800-777-83-03, о способах доставки товара и его оплате.

Согласно [пункту 2](#) Правил продажи товаров дистанционным способом, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 27.09.2007 № 612 «Об утверждении Правил продажи товаров дистанционным способом», продажа товаров дистанционным способом является продажей товаров по договору розничной купли-продажи, заключаемому на основании ознакомления покупателя с предложенным продавцом описанием товара, содержащимся в каталогах, проспектах, буклетах либо представленным на фотоснимках или с использованием сетей почтовой связи, сетей электросвязи, в том числе информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», а также сетей связи для трансляции телеканалов и (или) радиоканалов, или иными способами, исключающими возможность непосредственного ознакомления покупателя с товаром либо образцом товара при заключении такого договора.

В соответствии с [пунктом 5](#) Правил продажи товаров дистанционным способом не допускается продажа дистанционным способом алкогольной продукции, а также товаров, свободная реализация которых запрещена или ограничена законодательством Российской Федерации.

Согласно [абзацу 2 пункта 4](#) Правил продажи отдельных видов товаров, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 19.01.1998 № 55, при осуществлении розничной торговли в месте нахождения покупателя вне стационарных мест торговли: на дому, по месту работы и учебы, на транспорте, на улице и в иных местах (далее именуется - разносная торговля) не допускается продажа продовольственных товаров (за исключением мороженого, безалкогольных напитков, кондитерских и хлебобулочных изделий в упаковке изготовителя товара), лекарственных препаратов, медицинских изделий, ювелирных и других изделий из драгоценных металлов и (или) драгоценных камней, оружия и патронов к нему, экземпляров аудиовизуальных произведений и фонограмм, программ для электронных вычислительных машин и баз данных.

В силу пункта 1 статьи 7 Федерального закона «О рекламе» не допускается реклама товаров, производство и (или) реализация которых запрещены законодательством Российской Федерации.

Как показывает судебная практика, ссылка на то, что в [пункте 1 статьи 7](#) Федерального закона «О рекламе» речь идет о предметах, полностью изъятых из гражданского оборота, не основана на законе (постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 20.04.2012 по делу № А63-6317/2011).

ФАС России в письме от 22.03.2016 № АК/17858/16 указывает на то, что норма [пункта 1 статьи 7](#) Федерального закона «О рекламе» устанавливает не только запрет рекламы тех товаров, которые в принципе не допускаются к обороту на территории Российской Федерации любым способом, но также и запрет распространения рекламы товаров с указанием на отдельные способы реализации данных товаров, если реализация данных товаров такими способами запрещена.

Таким образом, продажа медицинских изделий дистанционным способом не допускается, соответственно рекламы дистанционного способа продажи подобных изделий противоречит требованиям части 1 статьи 7 Федерального закона «О рекламе».

3. В соответствии с пунктами 2, 7, 8 части 1 статьи 24 Федерального закона «О рекламе» реклама лекарственных средств не должна:

- содержать ссылки на конкретные случаи излечения от заболеваний, улучшения состояния здоровья человека в результате применения объекта рекламирования;
- создавать впечатление ненужности обращения к врачу;
- гарантировать положительное действие объекта рекламирования, его [безопасность](#), [эффективность](#) и отсутствие [побочных](#) действий.

При этом в силу части 4 данной статьи требования [пунктов 1 - 8](#) части 1 статьи 24 Федерального закона «О рекламе» распространяются также на рекламу медицинских изделий.

3.1. В статье «Аппарат, который может изменить жизнь и вернуть здоровье!» приведены конкретные случаи излечения от заболеваний, улучшения состояния здоровья в результате применения рекламируемого медицинского изделия (письма читателей (...)).

Из формы подачи и смысла рекламной информации следует, что положительные результаты по улучшению состояния здоровья указанных лиц достигнуты благодаря применению аппарата «Надежда» (пункт 2 части 1 статьи 24 Федерального закона «О рекламе»).

3.2. Кроме того, в рекламном материале содержится указание на то, что медицинским изделием «Надежда» можно пользоваться без какой-либо посторонней помощи, без специальной технической и медицинской подготовки, что

создает впечатление ненужности обращения к врачу (пункт 7 части 1 статьи 24 Федерального закона «О рекламе»).

3.4. Из содержания указанной рекламной статьи следует, что аппарат «Надежда» применяется для лечения заболеваний с помощью электрических импульсов, и его применение является результативным, эффективным и безопасным, то есть приведенные в рекламе сведения гарантируют положительное действие аппарата «Надежда», его безопасность и эффективность (пункт 8 части 1 статьи 24 Федерального закона «О рекламе»).

По определению (пункт 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») ненадлежащая реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

В соответствии с частью 6 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных пунктом 4 части 5 статьи 5; пунктом 1 статьи 7; пунктами 2, 7, 8 части 1 статьи 24 Федерального закона «О рекламе», несет рекламодатель.

На основании вышеизложенного, рассмотрев материалы дела, Комиссия Омского УФАС России установила факт нарушения ИП (...) требований пункта 4 части 5 статьи 5; пункта 1 статьи 7; пунктов 2, 7, 8 части 1 статьи 24 Федерального закона «О рекламе» при размещении рекламы медицинского изделия «Надежда» в журнале «Антенна-Телесемь» № 5 (109) от 31.01.2018.

Из материалов дела следует, что согласно приложению № 1.18.АТ.2 к договору № 74231 от 20.09.2017 на оказание услуг по размещению рекламы, счет-фактуре № 368 и акту приемки № 371 от 31 января 2018 года вышеуказанная реклама носила разовый характер и размещалась в одном номере журнала «Антенна-Телесемь» (№ 5 от 31.01.2018), в связи с чем Комиссией Омского УФАС России сделан вывод об отсутствии необходимости выдачи ИП (...) предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37 - 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу медицинского изделия – физиотерапевтического аппарата «Надежда», размещенную индивидуальным предпринимателем (...) в журнале «Антенна-Телесемь» № 5 от 31.01.2018, ненадлежащей, нарушающей требования пункта 4 части 5 статьи 5; пункта 1 статьи 7; пунктов 2, 7 и 8 части 1 статьи 24 Федерального закона «О рекламе».

2. Не выдавать индивидуальному предпринимателю (...) предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в связи с тем, что размещение указанной рекламы в журнале «Антенна-Телесемь» носило разовый характер.

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

Решение изготовлено в полном объеме 21 июня 2018 года.

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