

ООО «МИМПА»

115201, г. Москва,
ул. Котляковская, д. 3, стр. 1,
пом. V, к. №19

derm.apteka100@yandex.ru

ООО «Яндекс»

119021, Москва,
ул. Льва Толстого, д.16

info@yandex-team.ru

<...>

<...>

<...>

РЕШЕНИЕ
по делу № 3-24-130/77-16

«24» ноября 2016 года

г. Москва

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

председателя Комиссии – И.С. Гудковой,

членов Комиссии – П.В. Олейника, Н.С. Уваровой,

рассмотрев дело № 3-24-130/77-16 по признакам нарушения ООО «МИМПА» пункта 8 части 1 статьи 24 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении в апреле 2016 года в системе «Яндекс.Директ» рекламы медицинского изделия следующего содержания: *«Лампа от Псориаза! Цена 9900 р! - Не стыдись Псориаза! ... Гарантия 100%...»*, которая содержит гарантию положительного действия объекта рекламирования, его безопасность, эффективность и отсутствие побочных действий,

в присутствии представителя ООО «Яндекс» в лице Филина А.М. (по доверенности № 65 от 30.03.2016),

в отсутствие представителей ООО «МИМПА», <...> (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-24-130/77-16 возбуждено Московским УФАС России на основании заявления физического лица по факту распространения в апреле 2016 года в системе «Яндекс.Директ» рекламы медицинского изделия следующего содержания: *«Лампа от Псориаза! Цена 9900 р! - Не стыдись Псориаза! ... Гарантия 100%...»*.

В ходе рассмотрения дела также установлен факт распространения более 300 аналогичных по содержанию рекламных объявлений (контекстная реклама), содержащих утверждение о гарантии, эффективности медицинского изделия (в контексте пункта 8 части 1 статьи 24 Закона о рекламе).

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, выслушав доводы представителя ООО «Яндекс», применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

ООО «МИМПА» (адрес: 115201, г. Москва, ул. Котляковская, д. 3, стр. 1, пом. V, к. №19) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 03.04.2007 за основным государственным регистрационным номером 5077746455947, ИНН 7703630545, КПП 770301001.

ООО «Яндекс» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 18.09.2000 за основным государственным регистрационным номером 1027700229193, ИНН 7736207543, КПП 770401001.

<...> (<...>) является физическим лицом.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является информация, распространяемая 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.

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является товар, средство 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.

В соответствии с пунктом 3 статьи 3 Закона о рекламе, товаром является продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Рассматриваемая реклама размещалась в системе «Яндекс.Директ» и содержала, в том числе, следующие сведения: *«Лампа от Псориаза! Цена 9900 р! - Не стыдись Псориаза! ... Гарантия 100%...»*.

Рекламное объявление (баннер), размещенное в сети Интернет, представляет собой графическое изображение или текстовое сообщение небольшого размера, функцией которого является перевод пользователя на сайт лица, разместившего баннер. Сам баннер не может рассматриваться отдельно от сайта, на который он

ведет, и не является сам по себе основанием для принятия лицом, его увидевшим, решения воспользоваться услугой либо приобрести товар. Фактически баннер, неразрывно связанный с сайтом, является частью того сайта, который открывается после «клика» на баннер, и не может рассматриваться в отрыве от самого сайта.

В соответствии с представленными ООО «Яндекс» документами и сведениями, при нажатии (клике) на рассматриваемую рекламу происходил переход на сайт dermalight.ru, на котором содержится информация о УФ лампе Dermalight (ультрафиолетовой лампе от кожных заболеваний).

Согласно представленной ООО «Яндекс» информации, при размещении рекламы рекламодатель представил регистрационное удостоверение и декларацию соответствия, согласно которым прибор DERMALIGHT зарегистрирован в качестве медицинского изделия для местного облучения небольших ограниченных участков кожи по всему телу и на коже головы.

Данный вывод также подтверждается письмом Федеральной службой по надзору в сфере здравоохранения (Росздравнадзор), в соответствии с которым прибор DERMALIGHT зарегистрирован Росздравнадзором в качестве медицинского изделия в установленном порядке и допущен к обращению на территории Российской Федерации. С помощью данного аппарата можно проводить лечение ультрафиолетом, основываясь на показаниях врача. Успешной может быть терапия следующих заболеваний: псориаз, витилиго, гнездовая алопеция. Прибор может использоваться для местного облучения небольших ограниченных участков кожи по всему телу и на коже головы.

Исходя из вышеизложенного, целью размещения указанных сведений является привлечение внимания потребителей к медицинскому изделию — УФ лампе DERMALIGHT (ультрафиолетовой лампе от кожных заболеваний).

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникшего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о неком лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Рассматриваемая реклама распространялась в сети интернет посредством таргетинговой рекламы, а равно была доступна неопределенному кругу лиц. Таким образом, каких-либо ограничений по территории распространения и кругу лиц-потребителей рекламы, Комиссией Московского УФАС России не установлено.

Резюмируя изложенное, рассматриваемая информация содержит объект рекламирования, распространялась неопределенному кругу лиц и, исходя из содержания, направлена на привлечение внимания потребителей к объекту рекламирования, а следовательно, является рекламой в понимании пункта 1 статьи 3 Закона о рекламе, что не оспаривается сторонами по делу.

В соответствии с пунктом 8 части 1 статьи 24 Закона о рекламе, реклама лекарственных средств не должна гарантировать положительное действие объекта рекламирования, его безопасность, эффективность и отсутствие побочных действий.

В силу части 4 статьи 24 Закона о рекламе, требования пунктов 1 - 8 части 1 статьи 24 Закона о рекламе распространяются также на рекламу медицинских изделий.

Следовательно, в рекламе медицинских изделий не должна содержать гарантии положительного действия объекта рекламирования, его безопасности, эффективности и отсутствия побочных действий.

Рассматриваемая реклама содержит, в том числе, фразу «гарантия 100%», что создает у потребителей впечатления неопременного излечения в случае использования такого аппарата.

Согласно толковому словарю С.И. Ожигова («Словарь русского языка» (1949, 22-е издание, 1990; с 1992 - «Толковый словарь русского языка», совместно с Н. Ю. Шведовой), гарантия означает ручательство, порука в чем-н., обеспечение; гарантировать - дать (давать) гарантию в чём-нибудь, защитить (-ищать), обеспечить (-ивать) от всяких неожиданностей.

Таким образом, использование в рекламе слова «гарантия» в его словарном и общеупотребимом значении приводит к созданию впечатления о том, что объект рекламирования обещает достижение определенного результата при использовании такого объекта рекламирования.

Дополнительный эффект в данном случае достигается путем использования сочетания «гарантия 100%». Так, в данном случае использование в рекламе рассматриваемой фразы создает впечатление, что использование аппарата DERMALIGHT позволит достигнуть ожидаемого результата без вероятности, что использование рекламируемого медицинского изделия может не повлиять на течение болезни.

Кроме того, согласно буквальному прочтению положений пункта 8 части 1 статьи 24 Закона о рекламе, в рекламе лекарственных средств (а в силу части 4 статьи 24 Закона о рекламе — и в рекламе медицинских изделий) не допускается использование слова «гарантия» как такового.

Эффективность медицинского изделия — это характеристика степени положительного влияния медицинского изделия на течение, продолжительность заболевания или его предотвращение, реабилитацию.

Исходя из вышеизложенного в рассматриваемой рекламе содержится утверждение о том, что рекламируемое медицинское изделие имеет высокую эффективность его применения, а именно 100%, что прямо запрещено в силу пункта 8 части 1 статьи 24 Закона о рекламе

Указанный выше нормативный запрет направлен на исключение усиленного психологического воздействия рекламы тех или иных медицинских изделий на граждан-потребителей, которые испытывают потребности в лечении соответствующих видов заболеваний.

Он установлен в связи с тем, что при выборе лечения определенного заболевания практикуется индивидуальный подход к каждому пациенту. Лекарственное средство либо медицинское изделие, которое подходит или помогает одному пациенту, может не подойти или не помочь другому по целому ряду причин. Более того, оно может быть противопоказано данному пациенту. Поэтому ни при каких обстоятельствах не возможно установить, что воспользовавшись объектом рекламирования все потребители без исключения излечатся от определенного заболевания.

На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу, что в рассматриваемой рекламе содержится нарушение положения пункта 8 части 1 статьи 24 Закона о рекламе.

Согласно части 6 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных пунктом 8 части 1 статьи 24 Закона о рекламе несет рекламодатель.

В соответствии с пунктом 5 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодателем является изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

Согласно письменным и устным пояснениям ООО «Яндекс», рассматриваемая реклама размещалась на основании договора на оказание услуг по размещению рекламных материалов рекламодателя в сети Интернет, заключенные между ООО «Яндекс» и рекламодателем на условиях Оферты на оказание услуг «Яндекс.Директ» (далее - Оферта). Заключение указанного договора осуществлялось посредством акцепта рекламодателем оферты.

В соответствии с разделом 1 Оферты, рекламодателем является лицо, осуществившее акцепт оферты. Рекламодатель является заказчиком услуг «Яндекс.Директ» по заключенному договору и несет ответственность за все действия, совершенные им, а также его представителем через клиентский веб-интерфейс. Под акцептом оферты понимается полное и безоговорочное принятие Оферты путем осуществления действий, указанных в разделе 7 Оферты. Акцептом Оферты заключается договор.

Согласно разделу 7 Оферты, рекламодатель производит акцепт оферты в случае заключения договора на условиях предоплаты путем предварительной оплаты по счету услуг Яндекса, в отношении которых заключается договор, в течение установленного срока.

В настоящем случае ООО «Яндекс» пояснено, что счет на оплату рассматриваемой рекламы был выставлен в адрес ООО «МИМПА» и был оплачен Обществом. Данные сведения подтверждаются копией акта оказанных услуг и копиями счетов-фактур.

Таким образом, рекламодателем рассматриваемой рекламы является ООО «МИМПА».

Довод ООО «МИМПА» относительно того, что рекламодателем является <...> отклоняется Комиссией Московского УФАС России в связи с недоказанностью данного факта. ООО «МИМПА» в материалы дела не представлены какие-либо документы и сведения, подтверждающие, что лицом, определившим объект рекламирования, является <...>.

Тот факт, что при нажатии на рекламное объявление осуществляется переход на сайт, на котором в разделе «Контакты» указан <...> не подтверждает факт размещения рекламного материала именно <...>.

Вместе с тем, представленная ООО «МИМПА» в материалы дела электронная переписка лишь подтверждает тот факт, что ООО «МИМПА» была оплачена реклама в системе «Яндекс.Директ». Однако, данная переписка не заверена надлежащим образом, а равно не может учитываться Комиссией при вынесении решения. Обществу неоднократно, путем направления копий Определений по делу, была предоставлена возможность представить имеющиеся, по его мнению, значимые материалы.

Учитывая приведенные выше положения Оферты, а также возможность ООО «МИМПА» самостоятельно осуществлять контроль за действиями своего контрагента, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

ООО «МИМПА» в настоящем случае не предприняло достаточных мер, направленных на соблюдение требований действующего законодательства о рекламе.

Кроме того, исходя из положений Оферты, следует, что субъект принял на себя обязанность по соблюдению требований законодательства о рекламе, при распространении рекламных объявлений.

Названный правовой подход наиболее полно отвечает соблюдению баланса частных и публичных интересов, поскольку направлен на повышенную защиту граждан как наиболее слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях от получения ненадлежащей рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в создании и распространении соответствующих рекламных объявлений.

Кроме того, согласно части 1 статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, предпринимательская деятельность направленная на систематическое извлечение прибыли осуществляется субъектом на свой риск. Право общества на осуществление предпринимательской деятельности не должно нарушать права и интересы неопределенного круга лица-потребителей рекламы.

В этой связи, заключив вышеупомянутый договор-оферту, ООО «МИМПА» приняло на себя все обязательства по указанному договору (в том числе по соблюдению законодательства Российской Федерации о рекламе) со всеми вытекающими правовыми последствиями их исполнения, в том числе и в случае, когда исполнение этих обязательств нарушает требования законодательства Российской Федерации о рекламе.

Факт того, что ООО «МИМПА», фактически являясь рекламодателем и оплачивая размещение рекламных материалов на определенной площадке, поручило размещение такой рекламы третьему лицу никоим образом не устраняет обязанность ООО «МИМПА» по соблюдению рекламного законодательства как самостоятельно, так и посредством контроля того лица, которому переданы полномочия по размещению рекламы, особенно учитывая тот факт, что с точки зрения Закона о рекламе ООО «МИМПА» имеет статус «реklamодателя» в отношении спорной рекламы.

На основании изложенного, учитывая то обстоятельство, что действия по определению объекта рекламирования и содержания рекламных объявлений осуществлены ООО «МИМПА», а также то, что оно было осведомлено относительно цели перечисления денежных средств ООО «Яндекс», в данном случае имеются все основания считать ООО «МИМПА» рекламодателем в понимании пункта 6 статьи 3 Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламораспространителем признается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Непосредственное доведение рассматриваемой рекламы осуществлялось посредством системы «Яндекс.Директ», а следовательно рекламораспространителем такой рекламы является ООО «Яндекс».

Необходимо отметить, что отсутствуют какие-либо основания не доверять рекламодателю спорной рекламы — ООО «Яндекс», тем более, что его позиция (относительно того, что ООО «МИМПА» является рекламодателем) подтверждается документально, в то время как ООО «МИМПА» сведений, опровергающих свой статус в контексте рассматриваемой рекламы, не представило за все время рассмотрения дела.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

ООО «Яндекс» представлены сведения о том, что в системе «Яндекс.Директ» размещалась и размещается реклама с таким же объектом рекламирования и аналогичного рассматриваемому содержанию, т. е. с использованием слов «Гарантия», «100%» и т. д.

Комиссией оценены тексты вышеуказанной рекламы и установлено наличие более 300 аналогичных по содержанию рекламных объявлений (контекстная реклама), содержащих утверждение о гарантии, эффективности медицинского изделия и нарушающих пункт 8 части 1 статьи 24 Закона о рекламе.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ООО «Яндекс», ООО «МИМПА» предписаний о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «МИМПА» нарушившим пункт 8 части 1 статьи 24 Закона о рекламе при распространении в апреле 2016 года в системе «Яндекс.Директ» ненадлежащей рекламы медицинского изделия следующего содержания: *«Лампа от Псориаза! Цена 9900 р! - Не стыдись Псориаза! ... Гарантия 100%...»*, в которой содержится гарантия положительного действия объекта рекламирования, его безопасности, эффективности и отсутствия побочных действий.

2. В остальной части производство по делу прекратить в связи с неподтверждением в ходе рассмотрения дела факта нарушения.

3. Выдать ООО «Яндекс», ООО «МИМПА» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно о прекращении распространения как рекламы *«Лампа от Псориаза! Цена 9900 р! - Не стыдись Псориаза! ... Гарантия 100%...»*, так и аналогичной (исключительно в рамках списка, представленного ООО «Яндекс»), содержащей тот же специальный объект рекламирования (медицинские изделия) и ненадлежащую гарантию их безопасности, эффективности и отсутствия побочных действий.

4. Передавать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, статьей 37 Закона о рекламе.

Председатель Комиссии

И.С. Гудкова

Члены Комиссии

П.В. Олейник

Н.С. Уварова