

АО «МаксимаТелеком»

Старопименовский пер., д. 10,
г. Москва, 127006

<...>

<...>

АО «ИМХО»

Осенний б-р, д. 23, оф. 501.1, г.
Москва, 121609

<...>

ООО «ПиДжиЭм Евразия»

Ленинградский пр-т, д. 15, стр. 14,
г. Москва, 125040

<...>

<...>

ООО «ТЕВА»

Валовая ул., д. 35,
г. Москва, 115054

РЕШЕНИЕ

по делу № 3-24-182/77-18

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «11» октября 2018 года.

В полном объеме решение изготовлено «18» октября 2018 года.

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 – <...>,

членов Комиссии – <...>, <...>,

рассмотрев дело № 3-24-182/77-18, возбужденное на основании Акта № 8-46 плановой выездной проверки юридического лица от 12.12.2017 и

материалы по признакам нарушения в рекламе «GLOBALMED» (GraphicBanner_july_01) пункта 2 части 1 статьи 24 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе),

в присутствии представителя АО «МаксимаТелеком» в лице <...> (по доверенности); АО «ИМХО» в лице <...> (по доверенности); ООО «ТЕВА» в лице <...> (по доверенности), <...> (по доверенности), <...> (по доверенности),

в отсутствие представителей ООО «ПиДжиЭм Евразия» (уведомлено надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-24-182/77-18 возбуждено Московским УФАС России на основании Акта № 8-46 плановой выездной проверки юридического лица от 12.12.2017 по факту распространения в период 09.10.2017 по 31.10.2017 при подключении к сети wi-fi в Московском Метрополитене рекламы «ТЕВА» (video_october_85).

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, выслушав доводы представителей сторон по делу, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

АО «МаксимаТелеком» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 25.11.2004 за основным государственным регистрационным номером 1047796902450; ИНН 7703534295.

АО «ИМХО» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 19.08.2019 за основным государственным регистрационным номером 1037731024760; ИНН 7731276913.

ООО «ПиДжиЭм Евразия» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 10.01.2003 за основным государственным регистрационным номером 1037743000811; ИНН 7743068844.

ООО «ТЕВА» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 01.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027739033024, ИНН 7707282440.

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.

Установлено, что рассматриваемая реклама распространялась при подключении к сети wi-fi в Московском Метрополитене и содержала следующие сведения: *«Когда болит спина, мы с сестрой выглядим вот так. Хорошо, что у нас есть обезболивающие гели с диклофенаком, чтобы чувствовать себя лучше. Они оба снимают боль, но только мой дешевле. Появилась новая марка? Новый гель «Диклофенак Тева». Лекарственные препараты Тева на разные случаи жизни».*

Указанные сведения также сопровождаются видеорядом, изображающим двух девушек, которые демонстрируют, как выглядят, когда у них болит спина: согнутая спина, одна рука приложена к пояснице. Также в рассматриваемой рекламе демонстрируются два тюбика геля с диклофенаком, на одном из которых нанесена надпись «гель от боли», а на втором - «Диклофенак Тева». При этом утверждение «только мой дешевле» относится именно к рекламируемому лекарственному средству «Диклофенак Тева». Данный вывод прямо следует из логической постановки видеоряда и сопровождающего его комментария рассказчиков.

Исходя из содержания, целью размещения указанных сведений является привлечение внимания потребителей к лекарственному средству «Диклофенак Тева», что лицами, участвующими в деле не оспаривается.

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 некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Реклама размещалась в сети Интернет, а именно при подключении к сети wi-fi в Московском Метрополитене. Таким образом, установлено, что место и способ распространения рассматриваемой рекламы является общедоступным для неопределенного круга лиц потребителей рекламы. Каких-либо ограничений по территории его 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 пунктом 1 части 2 статьи 5 Закона о рекламе, недобросовестной признается реклама, которая содержит некорректные сравнения рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами.

В соответствии с пунктом 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе, недостоверной признается реклама, которая содержит не соответствующие действительности сведения о преимуществах рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами.

Согласно пункту 9 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее — Постановление), необходимо учитывать, что при сравнении в рекламе собственных товаров с товарами конкурентов не допускается сравнение, основанное на несопоставимых критериях, или неполное сравнение товаров, поскольку это искажает представление о рекламируемом товаре и не позволяет объективно оценить его свойства.

Исходя из указанной позиции, а также статьи 14.3 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», письма ФАС России от 24.12.2015 № ИА/74666/15, под некорректным сравнением следует понимать сравнение хозяйствующего субъекта и (или) его товара с другим хозяйствующим субъектом-конкурентом и (или) его товаром, в том числе:

сравнение с другим хозяйствующим субъектом-конкурентом и (или) его товаром путем использования слов «лучший», «первый», «номер один», «самый», «только», «единственный», иных слов или обозначений, создающих впечатление о превосходстве товара и (или) хозяйствующего субъекта, без указания конкретных характеристик или параметров сравнения, имеющих объективное подтверждение, либо в случае, если утверждения, содержащие указанные слова, являются ложными, неточными или искаженными;

сравнение с другим хозяйствующим субъектом-конкурентом и (или) его товаром, в котором отсутствует указание конкретных сравниваемых характеристик или параметров либо результаты сравнения не могут быть объективно проверены;

сравнение с другим хозяйствующим субъектом-конкурентом и (или) его товаром, основанное исключительно на незначительных или несопоставимых фактах и содержащее негативную оценку деятельности хозяйствующего субъекта-конкурента и (или) его товара.

Указанная позиция законодателя и антимонопольного органа соотносится с принципами добросовестной конкуренции и достоверности сообщаемых сведений о рекламодателях, их товарах, работах и услугах в рекламе, запретом на использование в отношении и потребителей, и конкурентов (конкретных или неопределенных) недобросовестных способов привлечения внимания к объекту рекламирования.

Таким образом, некорректное сравнение может быть осуществлено как с конкретным хозяйствующим субъектом-конкурентом (товаром, работой, услугой), так и в отношении неограниченного круга хозяйствующих субъектов-конкурентов и (или) их товаров.

При этом некорректное сравнение может быть двух видов: как негативным (иметь цель принизить товаров конкурента, превознося свои), так и позитивным (не ослабляет репутацию товара конкурента, а наоборот, использует ее).

Кроме того, некорректное сравнение может быть построено с использованием неправильных логических операций таким образом, что его достоверность объективно не может быть ни подтверждена, ни опровергнута.

По мнению Комиссии Московского УФАС России, сравнение с другим хозяйствующим субъектом-конкурентом и (или) его товаром путем использования слов «лучший», «первый», «номер один», «самый», «только», «единственный», иных слов или обозначений, создающих впечатление о превосходстве товара и (или) хозяйствующего субъекта, без указания конкретных характеристик или параметров сравнения, имеющих объективное подтверждение, является некорректным сравнением.

В настоящем случае рассматриваемая реклама содержала утверждение, что оба упомянутых лекарственных средства снимают боль, при этом рекламируемый препарат стоит дешевле.

Таким образом рассматриваемая реклама содержит в себе как позитивное, так и негативное сравнение. Про лекарственное средство, с которым сравнивают рекламируемый препарат не утверждается чего-либо негативного, напротив говорится о том, что он также снимает боль. Между тем также утверждается, что стоит он дороже, чем «Диклофенак Тева», что побуждает потребителя делать выбор в пользу объекта рекламирования.

О факте некорректного сравнения в рассматриваемом случае свидетельствует не отсутствие критерия сравнения, напротив такой критерий прямо усматривается из использованных в рекламе формулировок: при равном действии — снятие боли, рекламируемое лекарственное средства обладает более низкой ценой.

В подтверждении отсутствия нарушения ООО «ТЕВА» в материалы дела представлена сравнительная таблица, в которой содержатся цены на аналогичные лекарственные средства, действующие в период распространения рекламы. В том числе в данной таблице указан гель «Вольтарен Эмульгель», который превышает по стоимости «Диклофенак Тева».

По мнению ООО «ТЕВА» тот факт, что «Вольтарен Эмульгель» стоит дороже рекламируемого товара и при этом занимает 66%, то есть более половины рынка, свидетельствует о том, что в рассматриваемой рекламе проводится сравнение именно с этим лекарственным средством.

Между тем указанные сведения ни прямо, ни косвенно не следуют из содержащейся в рекламе информации. Следовательно вышепоименованный довод ООО «ТЕВА» не может быть принят Комиссией в качестве

подтверждения отсутствия вменяемого нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Вместе с тем в рассматриваемой рекламе присутствует надпись выполненная мелким шрифтом в нижней части экрана *«По сравнению с лидером рынка лекарственных противовоспалительных средств, имеющих в своей основе МНН Диклофенак по продажам в деньгах. Данные IMSHealth (АЙ ЭМ Хэлс), Россия, Июль 2016 года».*

Между тем, наличие даже подобного абстрактного указания на сравниваемый продукт не может предоставить потребителю достаточно информации для однозначного понимания, о каком именно продукте идет речь.

Кроме того, Комиссией также учитывается способ распространения рассматриваемой рекламы, при котором восприятие рассмотренной надписи мелким шрифтом с экранов мобильных устройств, для воспроизведения на которых преимущественно и предназначен спорный рекламный ролик, представляется проблематичным, а равно объективно препятствует определению сравниваемого товара.

В то же время отсутствие указания в рекламе определенного объекта с которым сравнивается рекламируемый товар свидетельствует о некорректности такого сравнения, в связи с тем, что не содержит достаточной информации для потребителя о сравниваемых продуктах, может исказить действительное положение товаров на рынке и привести к необоснованному получению преимущества ООО «ТЕВА» при реализации собственной продукции.

Кроме того в представленной ООО «ТЕВА» таблице, содержащей сравнение цен на аналогичные лекарственные средства, содержится семь препаратов, которые стоят дешевле «Диклофенак Тева». Между тем сделать однозначный вывод о том, что сравнение производится не с более дешевыми препаратами, не представляется возможным в связи с отсутствием в рекламе указания на товар, скрывающийся под наименованием «гель от боли».

Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что в рекламе недопустима сама возможность формирования у потребителя неверного, искаженного представления о товаре, его преимуществе над взаимозаменяемыми товарами, тем более в отсутствие понимания с каким именно товаром произошло сравнение, насколько он доверяет источнику информации, из которого следует превосходство товара или субъекта на рынке, а также насколько актуален данный источник.

Согласно пункту 29 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58, информация, содержащаяся в рекламе, должна отвечать критериям достоверности, в том числе в целях формирования у потребителя верного, истинного представления о товаре (услуге), его качестве, потребительских свойствах.

В связи с этим использование в рекламе сравнительной характеристики объекта рекламирования с иными товарами должно производиться с указанием конкретного критерия, по которому осуществляется сравнение и который имеет объективное подтверждение.

Поэтому реклама, не сопровождаемая таким подтверждением, должна считаться недостоверной как содержащая не соответствующие действительности сведения о преимуществах рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами, изготовленными другими производителями или реализуемыми другими продавцами.

Учитывая тот факт, что в рассматриваемой рекламе отсутствовало указание на определенный объект (наименование лекарственного средства), с которым производилось сравнение геля «Диклофенак Тефва», Комиссия приходит к выводу о невозможности проверить достоверность использованного в рекламе утверждения, а равно об установлении факта его недостоверности.

Следовательно, ООО «ТЕВА» при использовании в рекламе утверждения «только мой дешевле» следует соблюдать требование пункта 1 части 2 и пункта 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе, в частности указывать на достоверные критерии, на основании которых предполагается преимущество рекламируемого лекарственного средства.

На основании изложенного, Комиссией Московского УФАС России в рекламе «ТЕВА» (video_october_85), распространяемой в сети Интернет при подключении к бесплатной беспроводной сети WiFi в вагонах метрополитена на территории г. Москвы в виде flash-роликов, установлено нарушение пункта 1 части 2, пункта 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 24 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.

Комиссией установлено, что рассматриваемая информация является рекламой лекарственного средства «Диклофенак Тева». Данный факт подтверждается имеющейся в материалах дела копией регистрационного удостоверения лекарственного препарата для медицинского применения № П N015378/02 от 12.12.2008

Таким образом, рассматриваемая в рамках настоящего дела реклама должна отвечать требованиям статьи 24 Закона о рекламе.

Между тем Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу об отсутствии в рассматриваемой рекламе демонстрации именно улучшения состояния здоровья человека в результате применения объекта рекламирования.

Использование в рекламе фразы *«Хорошо, что у нас есть обезболивающие гели с диклофенаком, чтобы чувствовать себя лучше»* свидетельствует о причинно-следственной связи между применением лекарственного средства и улучшением состояния здоровья. Также Комиссия приходит к выводу, что сама по себе форма повествования от лица двух сестер, страдающих болями в спине, также является прямой отсылкой на конкретный случай улучшения состояния здоровья человека и воспринимается потребителями как рассказ реально существующих людей.

Между тем в рассматриваемой рекламе отсутствует демонстрация первоначального плохого состояния (недомогания) повествующих лиц, что прямо необходимо для возможности как таковой демонстрации улучшения состояния

здоровья. Девушки, от чьего имени ведется повествование, исходя из восприятия рекламы не болеют и не испытывают недомогание, а лишь демонстрируют свое физическое состояние при болях в спине. При этом из комплексного восприятия рекламы четко отслеживается то обстоятельство, что в сам момент повествования и нахождения в кадре девушки здоровы.

На основании изложенного в данном конкретном случае в контексте рассматриваемой рекламы Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу об отсутствии в рассматриваемой рекламе нарушения пункта 2 части 1 статьи 24 Закона о рекламе.

Согласно части 6 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных пунктом 1 части 2, пунктом 1 части 3 статьи 5 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 документам и сведениям, представленным в материалы дела, рассматриваемая реклама распространялась АО «МаксимаТелеком» на основании последовательно заключенных договоров между АО «МаксимаТелеком» и АО «ИМХО», ООО «ПиДжиЭм Евразия», ООО «ТЕВА».

Таким образом, лицом, определившим объект рекламирования, является ООО «ТЕВА».

Однако лицом, непосредственно осуществлявшим распространение рекламы при подключении к сети wi-fi в Московском Метрополитене, является АО «МаксимаТелеком».

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.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России установлено, что исполняя обязанности по вышеуказанному договору, АО «МаксимаТелеком» фактически осуществляло функции рекламораспространителя, то есть участвовало в распространении рассматриваемой рекламы, а равно непосредственно совершали действия, направленные на доведение рекламы до неопределенного круга лиц-потребителей такой рекламы.

На основании изложенного и принимая во внимание вышеизложенные обстоятельства распространения рассматриваемой рекламы, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о том, что рекламораспространителем спорной рекламы является АО «МаксимаТелеком», что Обществом в рамках рассмотрения дела не оспаривалось.

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.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи АО «МаксимаТелеком» и АО «ИМХО», ООО «ПиДжиЭм Евразия», ООО «ТЕВА» 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 законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «ТЕВА» нарушившим пункт 1 части 2, пункт 1 части 3 статьи 5 Закона о рекламе при распространении в период 09.10.2017 по 31.10.2017 при подключении к сети wi-fi в Московском Метрополитене рекламы лекарственного средства «Диклофенак Тева», в которой содержится некорректное сравнение рекламируемого товара с аналогичными товарами, а также недостоверные сведения о преимуществах рекламируемого товара над аналогичными товарами.

2. В остальной части рассмотрение настоящего дела прекратить в связи с неподтверждением в ходе рассмотрения дела факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Выдать АО «МаксимаТелеком» и АО «ИМХО», ООО «ПиДжиЭм Евразия», ООО «ТЕВА» предписания о прекращении распространения рекламы с нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>