ПАО МГТС

Б. Ордынка ул., д. 25, стр. 1,

г. Москва, 119991

mgts@mgts.ru

ООО «Ариадна»

Кирова ул., д. 7,

г. Калининград, 236022

E.V.Svetlakov@mgts.ru

**РЕШЕНИЕ**

**по делу № 3-18-226/77-17**

«05» декабря 2017 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 – <...>,

членов Комиссии – <...><...>,

рассмотрев дело № 3-18-226/77-17, возбужденное в отношении ООО «Ариадна» по факту распространения посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания:

«Добрый день! Здравствуйте! Компания МГТС... Я задам Вам пару вопросов о работе услуг Интернета... Дело в том, что сейчас у нас идет плановая замена оборудования. В данном случае речь идет о Wi-Fi-роутере. Ваш Wi-Fi-роутер может быть заменен на Wi-Fi-роутер нового поколения», поступившего 11.08.2017 в 17:48 с телефонного номера +7 963 291 79 65, с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006

№ 38 ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии представителя ПАО МГТС в лице <...> (по доверенности <...>),

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

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-226/77-17 возбуждено в отношении ООО «Ариадна» на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством телефонного звонка следующего содержания:

«Добрый день! Здравствуйте! Компания МГТС... Я задам Вам пару вопросов о работе услуг Интернета... Дело в том, что сейчас у нас идет плановая замена оборудования. В данном случае речь идет о Wi-Fi-роутере. Ваш Wi-Fi-роутер может быть заменен на Wi-Fi-роутер нового поколения», поступившего 11.08.2017 в 17:48 с телефонного номера +7 963 291 79 65.

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

ПАО МГТС (119991, г. Москва, ул. Большая Ордынка, д. 25, стр. 1) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 30.09.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027739285265, ИНН 7710016640, КПП 770501001.

ООО «Ариадна» (236022, г. Калининград, ул. Кирова, д. 7) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 16.02.2006 за основным государственным регистрационным номером 1063914011897, ИНН 3902008451, КПП 390601001.

Согласно материалам дела № 3-18-226/77-17 11.08.2017 в 17:48 на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка поступила реклама «Добрый день! Здравствуйте! Компания МГТС... Я задам Вам пару вопросов о работе услуг Интернета... Дело в том, что сейчас у нас идет плановая замена оборудования. В данном случае речь идет о Wi-Fi-роутере. Ваш Wi-Fi-роутер может быть заменен на Wi-Fi-роутер нового поколения» с номера телефона +7 963 291 79 65.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается аудиозаписью телефонного разговора, содержащей текст рассматриваемой рекламы, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной заявителем.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является

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.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», абонент — пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь — любые излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам. В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер телефонного звонка.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации. При этом исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

Более того, даже и упоминание фамилии, имени или отчества абонента при распространении рекламы по сетям электросвязи не свидетельствует о ее индивидуализированном, не рекламном характере, так как такая информация носит обобщённый характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение, представляет интерес для неопределённого круга лиц и являются рекламой. Указанная позиция согласуется и с письмом ФАС России от 27.06.2016 № АД/43482/16.

Таким образом, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что исходя из специфики распространения рекламы посредством телефонного звонка (то есть возможности получения персональной информации непосредственно от абонента), реклама не была направлена на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания. В материалах дела не представлено доказательств осуществления спорного телефонного звонка исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе объектом рекламирования является 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

ООО «Ариадна» оспаривает факт распространения именно рекламных сообщений. Согласно пояснениям ООО «Ариадна» рассматриваемый телефонный звонок носил исключительно информационный характер с предложением о замене оборудования.

Между тем, исходя из аудиозаписи, ООО «Ариадна» было предложено заменить имеющийся у заявителя Wi-Fi-роутер на Wi-Fi-роутер нового поколения. Более того, на вопрос заявителя о том, предлагается ли ему воспользоваться дополнительными услугами ПАО МГТС, ООО «Ариадна» ответило утвердительно.

Также согласно пояснениям ПАО МГТС между ПАО МГТС и ООО «Ариадна» заключен агентский договор от 24.03.2016 № D160098763 (далее — Договор 1), согласно которому ООО «Ариадна» обязуется осуществлять от имени и за счет ПАО МГТС следующие фактические действия по привлечению абонентов: проводить абонентам презентации услуг, осуществлять прием от абонентов заявок на подключение к услугам посредством сайта/интернет площадки, торговых точек розничных сетей или посредством квартирного обхода и передачу заявок ПАО МГТС согласно методическим указаниям на территории Москвы и МО.

При этом в соответствии с разделом «термины и определения» Договора 2 под презентацией услуг понимается предоставление ООО «Ариадна» абоненту информации об услугах, тарифах и способах подключения к услугам, необходимой для принятия абонентом решения о подключении к услугам.

Таким образом, в данном случае объектом рекламирования являлись услуги МГТС, а также сама продукция ПАО МГТС.

Рекламораспространитель, осуществляя телефонный звонок, определенному абоненту, имел цель довести до него информацию исключительно рекламного характера, а не какую-либо иную (справочную, личную и т. д.).

Таким образом, информация, распространенная посредством телефонного звонка на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством телефонного звонка; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона 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. Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом надлежит понимать лицо, на чей телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Согласно 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. Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

Согласно статье 1 Закона о рекламе одной из его целей является реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы.

Исходя из положения части 1 статьи 18 Закона о рекламе законодатель, учитывая желание рекламораспространителей использовать сети электросвязи для распространения рекламы, а также права и интересы граждан, дал абонентам (адресатам) возможность самим выбирать от каких лиц они готовы получать рекламную информацию подобным способом.

Целью закрепления в части 1 статьи 18 Закона о рекламе обязанности рекламораспространителя получать предварительное согласия абонентов на получения рекламы является защита граждан от поступления на их телефонные номера, адреса электронной почты нежелательных рекламных телефонных звонков и сообщений (смс, e-mail).

Необходимо отметить, что в контексте именно телефонных звонков статьей 18 Закона о рекламе очевидно разграничены два способа получения рекламы абонентом по сетям электросвязи.

Первый способ исходит из частей 1 и 2 статьи 18 Закона о рекламе и предполагает, что рекламораспространитель сам инициирует взаимодействие с абонентом или адресатом, при этом такая инициация разрешена лишь если потребитель заранее выразил желание получать рекламу от конкретного рекламораспространителя.

Второй способ регулируется частями 3 и 4 статьи 18 Закона о рекламе, при которых абонент сам осуществляет действия, направленные на взаимодействие с рекламораспространителем, и в данном случае согласия абонента на получение рекламы не требуется, а необходимо лишь выполнить определенные условия (после сообщения запрашиваемой справки, бесплатно и т. п.).

Такое особое законодательное регулирование распространения рекламы одним из способов связи (телефонное соединение), постановка такого регулирования в прямую зависимость от субъекта, непосредственно инициирующего взаимодействие (рекламораспространитель или абонент), свидетельствует о вышеуказанной цели регулирования части 1 статьи 18 Закона о рекламе — недопустимости совершения самого телефонного звонка, призванного привлечь внимание к объекту рекламирования.

Более того, согласно пункту 2 Правил оказания услуг телефонной связи, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 09.12.2014 № 1342, под телефонным соединением понимается установленное в результате вызова взаимодействие между средствами связи, позволяющее абоненту и (или) пользователю услуг телефонной связи передавать и (или) принимать голосовую и (или) неголосовую информацию.

Исходя из вышеизложенного следует, что в случае, когда взаимодействие инициируется рекламораспространителем, моментом начала распространения посредством телефонного звонка рекламной информации является момент поступления телефонного звонка на телефонный номер абонента, а не момент непосредственного оглашения рекламной информации абоненту. Более того, рекламораспространитель и не ставит себе иной конечной цели кроме как сформировать интерес к товару (работе, услуге).

Обязанность рекламораспространителя предварительно получить согласие абонента на получение рекламы предполагает совершение им действий, направленных на получение согласия абонента, до начала распространения рекламы по сетям электросвязи, т. е. в случае с распространением рекламы посредством телефонного звонка до поступления телефонного звонка на телефонный номер абонента.

Таким образом, в полной мере реализуется цель законодателя оградить абонентов от нежелательных звонков, осуществляемых в рекламных целях, в целом, а не только от дальнейшего прослушивания рекламной информации после выражения отказа.

Более того, распространение рекламной информации посредством сетей электросвязи (телефонного звонка) предполагает со стороны рекламораспространителя определение абонентов, которым должен быть совершен телефонный звонок.

При этом, исходя из части 1 статьи 18 Закона о рекламе согласие на получение рекламы должно быть получено именно от абонента телефонного номера.

Согласно пункту 1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» абонентом является пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Более того, как было указано выше, согласие абонента должно быть выражено в форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Таким образом, не имея данных об абоненте, которому выделен телефонный номер <...> лицо, осуществляющее распространение рекламы, не имело возможности удостоверится в том, что собеседником в телефонном разговоре является именно владелец телефонного номера, а не какое-либо иное лицо, а равно, что абонент желал поступление такого телефонного звонка.

В рассматриваемом случае, исходя из аудиозаписи, рекламораспространителем было указано, что звонок осуществлялся Евгению Николаевичу, который указал в качестве контактного телефона номер <...>, но при этом не является его владельцем.

Следовательно, доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы ООО «Ариадна», ПАО МГТС не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее

получение.

Исходя из вышеизложенного, в рассматриваемом случае рекламораспространитель не имел предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

В соответствии с Российским планом нумерации телефонный номер +7 963 291 79 65 принадлежит ПАО «ВымпелКом».

Согласно данным, предоставленным ООО «Ариадна», телефонный номер +7 963 291 79 65 выделен ООО «Ариадна» на основании Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 6661328315 от 19.07.2017 (далее — Договор 2).

Исходя из Договора 2, Договор об оказании услуг связи «Билайн», заключаемый между ПАО «ВымпелКом» и абонентом, состоит из бланка Договора,условий оказания услуг связи «Билайн»; условий, принятых в рамках Договора публичных оферт, порядка изменений Договора, тарифного плана, правил использования телематических услуг и услуг передачи данных.

В соответствии с подпунктом 1 пункта 4.1 части 4 Условий абонент обязан использовать Услуги исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с предпринимательской деятельностью и получением дохода.

При этом, согласно пункту 1.2 части 1 Условий, под услугой понимается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи. Под услугами в рамках Договора понимаются услуги подвижной радиотелефонной связи; телематические услуги связи; услуги связи по передаче данных, за исключением услуг связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации, услуги связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации, дополнительные услуги, оказываемые оператором абоненту в соответствии с правилами оказания соответствующего вида услуг и условиями выданных оператору лицензий.

Согласно подпункту 4 пункта 4.1 части 4 Условий, абонент обязан не использовать телефонный номер (в том числе уникальные коды идентификации): для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, опросов, массовых рассылок и т. д.

Таким образом, Договор 2, заключенный между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Ариадна» не содержит условия предоставления услуг, связанных с распространением рекламы, а равно напрямую запрещает абоненту использовать телефонный номер для целей предпринимательской деятельности и получения дохода.

Кроме того, согласно пункту 2.1.6 Договора 1, заключенного между ПАО МГТС и ООО «Ариадна», последнее обязано получать предварительное согласие потенциальных абонентов на получение рекламы.

В свою очередь, согласно разделу «термины и определения» Договора 1 под абонентом понимается физическое лицо, использующее или намеревающееся использовать услуги связи на основании заключенного/заключаемого договора с ПАО МГТС.

Согласно статье 309 Гражданского кодекса, обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

В этой связи действия ООО «Ариадна», противоречат ранее приведенным положениям договора.

Обратного ООО «Ариадна» не доказано, в связи с чем не представляется возможным говорить о том, что на ООО «Ариадна» не могут быть возложены обязанности, предъявляемые к рекламораспространителям.

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 нежелательной рекламы, а также способствует усилению контроля за соблюдением законодательства со стороны всех лиц, принимающих участие в передаче соответствующих сообщений, на всех этапах распространения.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение 11.08.2017 в 17:48 рекламы товаров (работ, услуг) на номер телефона <...> с номера +7 963 291 79 65 с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несут рекламораспространители.

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

Комиссией Московского УФАС России установлено, что непосредственное доведение рассматриваемого рекламы до потребителя осуществляло ООО «Ариадна» в силу прямого доступа к номеру телефона, с которого совершен звонок.

Таким образом, ООО «Ариадна» в рамках рассмотрения данного дела признается рекламораспространителем, а равно несет ответственность, предусмотренную Законом о рекламе для данного субъекта правоотношений.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ООО «Ариадна» не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Ариадна» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении 11.08.2017 в 17:48 рекламы товаров (работ, услуг) на номер телефона <...> с номера +7 963 291 79 65 без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения рассматриваемой рекламы указанным способом, ООО «Ариадна» не представлено.

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 ООО «Ариадна» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно распространения рекламы нарушающим положения Закона о рекламе способом, а также организации и инициации такого распространения.

Частью 4 статью 38 Закона о рекламе, частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ) предусмотрена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе.

Исходя из части 1 статьи 4.5 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении за нарушение законодательства о рекламе не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

При этом местом и временем совершения правонарушения является место и время получения каждым конкретным абонентом данной рекламы. Согласно представленным в материалах дела документам и сведениям, спорный телефонный звонок был осуществлен 11.08.2017.

Таким образом, срок давности привлечения к административной ответственности на момент оглашения резолютивной части решения не истек.

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 «Ариадна» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе в связи с распространением 11.08.2017 в 17:48 рекламы товаров (работ, услуг) на номер телефона <...> посредством телефонного звонка следующего содержания: «Добрый день! Здравствуйте! Компания МГТС... Я задам Вам пару вопросов о работе услуг Интернета... Дело в том, что сейчас у нас идет плановая замена оборудования. В данном случае речь идет о Wi-Fi-роутере. Ваш Wi-Fi-роутер может быть заменен на Wi-Fi-роутер нового поколения» с телефонного номера +7 963 291 79 65, совершенного без предварительного согласия абонента.

2. Выдать ООО «Ариадна» предписание о прекращении, недопущении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3 . Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении 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.

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии <...>

<...>

Исполнитель: <…>