АО «МТТ»

Марксистская ул., д. 22, стр. 1

г. Москва, 109147

<…>

ИП Иванову Е.М.

<…>

ООО «Телепорт»

390048, Рязанская обл., г. Рязань,

ул. Зубковой, д. 26А, помещ. 19

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-14196/2019

«04» марта 2020 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, Комиссия) в составе:

председателя Комиссии: <...>,

членов Комиссии: <...>,

рассмотрев дело № 077/05/18-14196/2019, возбужденное в отношении ИП Иванова Е.М. (<...> ОГРНИП 316774600458605) по факту распространения посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Здравствуйте! Извещаем вас, что в соответствии с федеральным законом 324 вы имеете право на бесплатную юридическую помощь», поступившей: 12.12.2018 в 10:01 с телефонного номера <...>, с признаками нарушения частей 1, 2 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, без предварительного согласия абонента на получение рекламы, а также с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека,

в отсутствии представителей АО «МТТ», Иванова Е.М., ООО «Телепорт» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-14196/2019 возбуждено в отношении АО «МТТ», Ивановым Е.М., ООО «Телепорт» на основании заявления физического лица по факту распространения посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Здравствуйте! Извещаем Вас, что, в соответствии с Федеральным законом № 324, Вы имеете право на бесплатную помощь...», поступившей 12.12.2018 в 10:01 с телефонного номера <...>.

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.

АО «МТТ» является юридическим лицом, действующим на основании

Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 22.07.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027739006261, ИНН 7705017253, КПП 770901001.

ООО «Телепорт» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 05.12.2012 за основным государственным регистрационным номером 1126234013366, ИНН 6234110458, КПП 623001001.

ИП Иванов Е.М. является индивидуальным предпринимателем (<...>), включен в Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей 21.10.2016 за основным государственным регистрационным номером 316774600458605, ИНН 774330633041.

Согласно материалам дела № 077/05/18-14196/2019 на номер телефона <...> 12.12.2018 в 10:01 с телефонного номера <...> поступила спорная реклама.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается представленной заявителем аудиозаписью телефонного разговора, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской, представленной заявителем и АО «МТТ».

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 излучение, 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.

При этом в случае направления посредством телефонного звонка информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она 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 (упоминание имени и отчества абонента), представляют интерес для неопределённого круга лиц и являются рекламой.

В распространенной рекламе отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная

информация. Текст рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

Резюмируя изложенное, Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Данная информация направлена на привлечение внимания к юридическим услугам, имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

В материалы дела не представлено доказательств осуществления рекламного звонка исключительно на телефонный номер 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.

Исходя из текста сообщения, в котором содержится предложение по оказанию юридических услуг, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством осуществления на номер телефона <...> телефонного звонка, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством телефонного звонка; адресована неопределенному кругу лиц; 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 или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

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 поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы он не давал. Доказательств обратного в материалы дела не представлено.

Также в соответствии с частью 2 статьи 18 Закона о рекламе, не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозванивания, автоматической рассылки).

Под запрет, установленный в части 2 статьи 18 Закона о рекламе, подпадают как случаи, когда выбор абонента (абоненсткого номера) осуществляются не человека, а техническим устройством, программой, компьютером, машиной, так и случаи, когда набор такого номера осуществляется автоматически, без участия человека (даже если выбор абонентов был произведен человеком).

В данном случае когда абонент отвечал на входящие вызовы ему транслировалась запись голоса, содержащая текст рекламного сообщения. В заключение абоненту предлагалось нажать цифру «1» для получения более подробной информации.

Из представленных в Московское УФАС России документов и сведений следует, что рассматриваемый звонок совершен с помощью автоматического набора номера и дальнейшего озвучивания рекламного сообщения, предварительно записанного либо созданного с помощью компьютерных программ, а равно звонок с сообщением рекламного характера совершен без участия человека.

Таким образом, при распространении указанной рекламы усматриваются признаки нарушения частей 1 и 2 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, в отсутствие согласия абонента на получение рекламы и с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозванивания, автоматической рассылки).

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

Таким образом, распространение посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Здравствуйте! Извещаем Вас, что, в соответствии с Федеральным законом № 324, Вы имеете право на бесплатную помощь...», поступившей 12.12.2018 в 10:01 с телефонного номера <...>, с нарушением частей 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащей.

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

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.

Таким образом, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

Согласно представленным АО «МТТ» в материалы дела документам и сведениям, абонентский номер <...> выделен ООО «Телепорт» на основании договора <...> от 01.04.2014, заключенного между АО «МТТ» и ООО «Телепорт».

Между тем, ООО «Телепорт» представлены материалы, согласно которым, между ООО «Телепорт» и ИП Ивановым Е.М. заключен договор <...> на представление услуг информирования абонентов от 25.10.2016.

В соответствии с пунктом 2.1 договора <...>, ООО «Телепорт» обязуется предоставить ИП Иванову Е.М. круглосуточный доступ к информационной системе ООО «Телепорт» для обработки и дальнейшей отправки сообщений на информационную систему партнера-оператора с целью доставки голосовых сообщений.

Согласно пункту 3.1.2 договора <...>, ИП Иванов Е.М. обязуется не использовать информационную систему ООО «Телепорт» для передачи спама. ИП Иванов Е.М., рассылает сообщения только тем абонентам, которые дали согласие на получение таких сообщений.

Исходя из содержания пункта 7.2 договора <...>, ООО «Телепорт» не является создателем (изготовителем) и распространителем сообщений, начиная с момента подготовки текстов, их редактирования и заканчивая отправкой абонентам, и обеспечивает исключительно пропуск сообщений через свою информационную систему в их неизменном состоянии содержании и объеме, без какого-либо толкования, редактирования или цензурирования, являясь при этом лишь техническим каналом для передачи ИП Ивановым Е.М. к оператору связи абонента.

Кроме того, в материалах дела имеется договор <...> от 20.12.2016, заключенный между АО «МТТ» и Ивановым Е.М., а также Приложение № 2 к договору, согласно которому Иванов Е.М. просит выделить

абонентский номер <...> для индивидуального пользования. Тем самым подтверждается факт использования абонентского номера <...> именно Ивановым Е.М. Обратного в материалы дела сторонами не представлено.

Таким образом, рассматриваемый телефонный звонок осуществлялся непосредственно с абонентского номера <...>.

На основании изложенного ИП Иванов Е.М. является рекламораспространителем рекламы: «Здравствуйте! Извещаем Вас, что, в соответствии с Федеральным законом № 324, Вы имеете право на бесплатную помощь...», поступившей 12.12.2018 в 10:01 с телефонного номера <...>.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований частей 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, незаконной по способу ее распространения ИП Ивановым Е.М. не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ИП Иванова Е.М. установлено нарушение частей 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Здравствуйте! Извещаем Вас, что, в соответствии с Федеральным законом № 324, Вы имеете право на бесплатную помощь...», поступившей 12.12.2018 в 10:01 с телефонного номера <...>, без предварительного согласия абонента на ее получение, с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ИП Ивановым Е.М. 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 ИП Иванову Е.М., ООО «Телепорт», ОАО «МТТ» 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 ИП Иванова Е.М. (<...> ОГРНИП 316774600458605) нарушившим части 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Здравствуйте! Извещаем Вас, что, в соответствии с Федеральным законом № 324, Вы имеете право на бесплатную помощь...», поступившей 12.12.2018 в 10:01 с телефонного номера <...>, без предварительного согласия абонента на ее получение, а также с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека.

2. Выдать ИП Иванову Е.М. предписание о прекращении распространения рекламы с нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Выдать АО «МТТ» (ОГРН 1027739006261, ИНН 7705017253), ООО «Телепорт» (ОГРН 1126234013366, ИНН 6234110458) предписания о принятии мер по предотвращению распространения рекламы на телефонный номер <...> по сетям электросвязи.

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

Председатель Комиссии <...>
Члены Комиссии <...>
<...>