

ООО «ИТМолот»

Екатеринская ул., д. 122, оф. 138, г. Пермь, Пермский край,
614015

ООО «МиАтел»

Невский пр., д. 22-24, лит. А,
пом. 101-Н/10,
г. Санкт-Петербург, 191186

ПАО «Вымпелком»

8-го Марта ул., д. 10, стр. 14,
г. Москва, 127083

ООО «Мирта»

614000, г. Лысьва, Чапаева ул.,
д. 12, корп. 2, кв. 39

618909, Пермский край, Лысьва г.,
Чапаева ул., д. 23, корп. 2, кв. 39

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-10650/2019

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «04» марта 2020 г.

В полном объеме решение изготовлено «__» апреля 2020 г.

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 № 077/05/18-10650/2019, возбужденное в отношении ООО «ИТМолот» (место нахождения: Екатеринбургская ул., д. 122, оф. 138, г. Пермь, Пермский край, 614015; ОГРН 1105906001068, ИНН 5906097520), ООО «Мирта» (адрес: 614000, г. Лысьва, Чапаева ул., д. 12, корп. 2, кв. 39, ОГРН 1185958029124, ИНН 5918216813) по факту распространения посредством телефонных звонков на телефонный номер +7 (905) 782 77 99 рекламы: «Предлагаем Вам новостройки в ближайшем Подмосковье: Долгопрудный, Балашиха и в Одинцовском районе от двух миллионов двухсот тысяч рублей. Хотите бесплатно подобрать квартиру прямо сейчас? Нажмите «1»...», поступившей 24.04.2019 в 15:13 с телефонного номера +7 (499) 754 58 51, 15.05.2019 в 10:24 с телефонного номера +7 (499) 754 58 64, 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 и с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека,

в отсутствие представителей ООО «ИТМолот», ООО «МиАтел», ПАО «Вымпелком», ООО «Мирта» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-10650/2019 возбуждено в отношении ООО «ИТМолот», ООО «Мирта» на основании заявления физического лица по факту распространения посредством телефонных звонков на телефонный номер +7 (905) 782 77 99 рекламы следующего содержания: «Предлагаем Вам новостройки в ближайшем Подмосковье: Долгопрудный, Балашиха и в Одинцовском районе от двух миллионов двухсот тысяч рублей. Хотите бесплатно подобрать квартиру прямо сейчас? Нажмите «1»...», поступившей 24.04.2019 в 15:13 с телефонного номера +7 (499) 754 58 51, 15.05.2019 в 10:24 с телефонного номера +7 (499) 754 58 64.

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.

ООО «ИТМолот» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 17.02.2010 за основным государственным регистрационным номером 1105906001068, ИНН 5906097520, КПП 590201001.

ООО «Мирта» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 06.09.2018 за основным государственным регистрационным номером 1185958029124, ИНН 5918216813, КПП 591801001.

Согласно материалам дела №077/05/18-10650/2019 на номер телефона +7 (905) 782 77 99 24.04.2019 в 15:13 с номера +7 (499) 754 58 51 и 15.05.2019 в 10:24 с телефонного номера +7 (499) 754 58 64 поступила спорная реклама.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> (905) 782 77 99 подтверждается аудиозаписью телефонного разговора, содержащий текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской, представленной заявителем и ПАО «Вымпелком».

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 — любое 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 обобщенный 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 неопределенного 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 услугам недвижимости, 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 приобрести недвижимость в определенных районах Московской области, 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 + 7 (905) 782 77 99 телефонных звонков, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством телефонных звонков; 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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель 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 рекламодателя. 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 рекламодателя.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера + 7 (905) 782 77 99, 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 дозвонивания, автоматической рассылки).

Под запрет, установленный в части 2 статьи 18 Закона о рекламе, подпадают как случаи, когда выбор абонента (абонентского номера) осуществляются не человеком, 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 входящий вызов ему транслировалась запись голоса, содержащая текст рекламного сообщения, после чего предлагалось нажать цифру «1» для получения подробной информации.

Следовательно, изначально при осуществлении звонка с абонентом не велся диалог, у заявителя не было возможности задать вопрос, отсутствовала как таковая реакция на поведение абонента, в динамике лишь прокручивалась запись голоса.

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

Таким образом, распространение на телефонный номер + 7 (905) 782 77 99 рекламы следующего содержания: «Предлагаем Вам новостройки в ближайшем Подмосковье: Долгопрудный, Балашиха и в Одинцовском районе от двух миллионов двухсот тысяч рублей. Хотите бесплатно подобрать квартиру прямо сейчас? Нажмите «1»...», поступившей 24.04.2019 в 15:13 с телефонного номера +7 (499) 754 58 51, 15.05.2019 в 10:24 с телефонного номера +7 (499) 754 58 64, 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 рекламодатель.

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

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

Согласно представленным ООО «МиАтел» сведениям и материалам, абонентские номера +7 (499) 754 58 51 и +7 (499) 754 58 64 выделены ООО «ИТМолот» по договору об оказании услуг связи № БД19-12 от 22.03.2019 (далее — Договор 1), заключенного между ООО «МиАтел» и ООО «ИТМолот».

Согласно пункту 1.1. Договора 1 ООО «МиАтел» оказывает ООО «ИТМолот» услуги связи и/или иные сопряженные с ними услуги, оказываемые ООО «МиАтел».

В соответствии с пунктом 2.2.3 Договора 1 ООО «ИТМолот» обязуется не использовать услуги без предварительного письменного согласования с ООО «МиАтел» для проведения лотерей, голосований, конкурсов, викторин, рекламы, опросов, массовых рассылок.

Исходя из пункта 2.1.7 Договора 1 ООО «МиАтел» вправе приостановить оказание услуг связи в случаях, предусмотренных действующим законодательством и договором.

Согласно представленным в материалы дела документам, ООО «ИТМолот» заключило Договор № 292 от 01.02.2019 (далее — Договор 2) с ООО «МИРТА».

Согласно пункту 2.1 Договора 2 ООО «ИТМолот» предоставляет ООО «МИРТА» за вознаграждение в порядке и на условиях, предусмотренных настоящим договором и пользовательским соглашением, размещенным на сайте ООО «ИТМолот» fitnesbot.ru, право использования программного продукта ООО «ИТМолот», расположенного на сайте для рассылки сообщений.

Согласно терминам и определениям Договора 2 сообщением является информация, подлежащая отправке получателю от имени ООО «Мирта» через программный продукт ООО «ИТМолот», по выбранному ООО «Мирта» каналу рассылки.

Между тем информационно-голосовое сообщение представляет собой сообщение, предназначенное для передачи по сети радиотелефонной связи.

В соответствии с пунктом 2.2 Договора 2 программный продукт предназначен для самостоятельного формирования сообщений ООО «МИРТА» и отправки указанных сообщений клиентам (партнерам) ООО «МИРТА», давшим согласие на отправку им соответствующих сообщений, в порядке предусмотренным действующим законодательством Российской Федерации.

Согласно пункту 3.5 Договора 2 при отправке сообщений посредством использования программного продукта ООО «МИРТА» гарантирует, что осуществляет отправку исключительно лицу, являющемуся клиентом ООО «МИРТА», давшему согласие в установленном

законодательством РФ порядке, на получение информации данным способом от ООО «МИРТА».

В соответствии с пунктом 4.2.3 Договора 2 ООО «МИРТА» обязан ежедневно запрашивать у соответствующего оператора связи и (или) ООО «ИТМолот» информацию о получателях, от которых поступали жалобы/претензии по вопросам отправки сообщений от ООО «МИРТА» и включать указанных лиц в стоп-лист рассылок, а также ежедневно запрашивать у соответствующего оператора связи и (или) ООО «ИТМолот» информацию об именах отправителей, в отношении которых поступили жалобы/претензии по вопросам отправки сообщений и включать указанных лиц в стоп-лист рассылок.

Согласно терминам и определениям Договора 2 стоп-лист — это список телефонных номеров подвижной радиотелефонной связи получателей сообщений и имен отправителей, в отношении которых и от имени которых соответственно не допускается отправка сообщений.

Согласно пунктам 4.2.5, 4.2.6 Договора 2 ООО «МИРТА» обязан не производить рассылку сообщений, в том числе рекламного характера, если от получателя не было получено предварительное согласие на их получение в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации, а также осуществлять отpravку сообщений только тем получателям, которые выразили свое согласие на получение сообщений в форме, установленной действующим законодательством Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 4.2.7 договора 2 ООО «МИРТА» обязан представить ООО «ИТМолот» по первому его требованию доказательство того, что получатели сообщений выразили свое согласие на получение отправляемых ООО «МИРТА» сообщений.

Согласно пункту 4.3.2 Договора 2 ООО «ИТМолот» вправе заблокировать личный кабинет ООО «МИРТА» в случае выявления нарушений настоящего договора, пользовательского соглашения, а также иных условий использования программного продукта, размещенных на сайте ООО «ИТМолот», со стороны ООО «МИРТА».

Таким образом, рассматриваемые телефонные звонки осуществлялись непосредственно с абонентских номеров +7 (499) 754 58 51 и +7 (499) 754 58 64, находящегося в пользовании ООО «МИРТА».

На основании изложенного ООО «МИРТА» является рекламодателем рекламы: «Предлагаем Вам новостройки в ближайшем Подмосковье: Долгопрудный, Балашиха и в Одинцовском районе от двух миллионов двухсот тысяч рублей. Хотите бесплатно подобрать квартиру прямо сейчас? Нажмите «1»...», поступившей 24.04.2019 в 15:13 с телефонного номера +7 (499) 754 58 51, 15.05.2019 в 10:24 с телефонного номера +7 (499) 754 58 64, находившихся в пользовании у ООО «МИРТА».

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 «МИРТА» не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «МИРТА» установлено нарушение частей 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер +7 (905) 782 77 99 рекламы следующего содержания: «Предлагаем Вам новостройки в ближайшем Подмосковье: Долгопрудный, Балашиха и в Одинцовском районе от двух миллионов двухсот тысяч рублей. Хотите бесплатно подобрать квартиру прямо сейчас? Нажмите «1»...», поступившей 24.04.2019 в 15:13 с телефонного номера +7 (499) 754 58 51, 15.05.2019 в 10:24 с телефонного номера +7 (499) 754 58 64, без предварительного согласия абонента на ее получение и с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ООО «МИРТА» 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 «МИРТА» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

В силу пассивности ООО «МИРТА» при рассмотрении настоящего дела, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи предписаний ООО «МиАтел» и ООО «ИТМолот» о принятии мер по предотвращению использования ООО «МИРТА» телефонных номеров +7 (499) 754 58 51 и +7 (499) 754 58 64 в целях распространения рекламы на телефонный номер <...> (905) 782 77 99.

Выдача предписания ООО «МиАтел» и ООО «ИТМолот» направлено на дополнительную защиту абонента телефонного номера +7 (905) 782 77 99 от нежелательной рекламы, поступающей от ООО «МИРТА».

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 «МИРТА» (ОГРН 1185958029124, ИНН 5918216813) нарушившим части 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер +7 (905) 782 77 99 рекламы следующего содержания: «Предлагаем Вам новостройки в ближайшем Подмоскowie: Долгопрудный, Балашиха и в Одинцовском районе от двух миллионов двухсот тысяч рублей. Хотите бесплатно подобрать квартиру прямо сейчас? Нажмите «1»...», поступившей 24.04.2019 в 15:13 с телефонного номера +7 (499) 754 58 51, 15.05.2019 в 10:24 с телефонного номера +7 (499) 754 58 64, без предварительного согласия абонента на ее получение и с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека.

2. Выдать ООО «Мирта» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Выдать ООО «ИТМолот» (ОГРН 1105906001068, ИНН 5906097520), ООО «МиАтел» (ОГРН 1137847187664, ИНН 7841482919) предписания о принятии мер по предотвращению распространения ООО «Мирта» рекламы на телефонный номер <...> (905) 782 77 99 по сетям

электросвязи.

4. В отношении ООО «ИТМолот» рассмотрение дела прекратить в связи с неподтверждением в его действиях факта нарушения.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>

Исполнитель: <...>