

ответчики: ООО «Эмси»

ул. Каланчевская, д. 32,
г. Москва, 129090

<...>

<...>

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 08-21/37-18

Резолютивная часть решения оглашена 21 ноября 2018 г.

В полном объеме решение изготовлено 05 декабря 2018 г.

21 ноября 2018 г.

г. Москва

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Московской области (далее – Комиссия) по рассмотрению дела о нарушении законодательства о рекламе № 08-21/37-18 в составе:

Председатель
Комиссии: Стрельников Д.Ю. – заместитель
руководителя Управления Федеральной
антимонопольной службы по Московской
области (далее – Управление);

Члены Комиссии: Федорова А.А. – начальник отдела
контроля за рекламной деятельностью
Управления;

Минакова С.С. – главный специалист-
эксперт отдела контроля за рекламной
деятельностью Управления,

рассмотрев дело № 08-21/37-18, возбужденное по факту
распространения Игнатьевым П.А. рекламы услуг ООО «Эмси»

посредством телефонной связи, следующего содержания: *«День добрый Вам, здравствуйте, это Роман Павлович, управляющий театральной компанией, звоню по большому поводу, буквально на два слова. Впервые за долгое время, два величайших оперных центра мира сойдутся на одной сцене. Это, всеми известный, Большой Театр и легендарный Миланский центр Ла Скала...управляющий театральной компанией города Москвы «Москоу Шоу», с признаками нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,*

в отсутствие ООО «Эмси» (уведомлено надлежащим образом) и <...> (уведомлен надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В Московское областное УФАС России поступило обращение физического лица о поступлении 08.08.2018 в 17:47 на абонентский номер <...>, принадлежащий заявителю, входящего вызова с номера <...> с рекламным предложением следующего содержания: *«День добрый Вам, здравствуйте, это Роман Павлович, управляющий театральной компанией, звоню по большому поводу, буквально на два слова. Впервые за долгое время, два величайших оперных центра мира сойдутся на одной сцене. Это, всеми известный, Большой Театр и легендарный Миланский центр Ла Скала...управляющий театральной компанией города Москвы «Москоу Шоу», без предусмотренного частью 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. Факт наличия согласия на получение рекламы заявитель отрицает.*

При рассмотрении обращения, установлено, что абонентский номер <...> выделен <...> на основании договора об оказании услуг связи <...> от 16.01.2017.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия установила следующее.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой признается 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.

Абонентский номер <...> выделен ООО «Т2 Мобайл» заявителю на основании договора об оказании услуг связи. Согласно детализации, имеющейся в материалах дела, ООО «Т2 Мобайл» зафиксирован входящий вызов 08.08.2018 в 17:47 с абонентского номера <...>.

Кроме того, поступление указанной рекламы на телефонный номер < ... > подтверждается аудиозаписью телефонного разговора, представленной заявителем.

В соответствии с письмом ПАО «ВымпелКом» (от 24.09.2018 № б/н), абонентский номер <...> выделен <...> по договору об оказании услуг связи «Билайн» <...> от 16.01.2017.

<...> в своих письменных пояснениях (от 16.11.2018 вх. № 31170) подтвердил, что абонентский номер <...> принадлежит ему.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (далее – ВАС РФ), изложенной в пункте 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 58 от 08.10.2012 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее – Постановление Пленума ВАС РФ «О рекламе»), под абонентом или адресатом получения рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

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.

Согласно позиции ФАС России, изложенной в письме № АД/45557/18 от 20.06.2018 «Об оценке неопределенного круга лиц в рекламе»

(далее – Письмо № АД/45557/18), под неопределенным кругом лиц следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

Рассматриваемая спорная реклама адресована неопределенному кругу лиц, так как нельзя заранее определить получателей данной спорной рекламы, и она может представлять интерес и доступна также и иным лицам, не только входящим в ее целевую аудиторию.

Исходя из буквального толкования части 1 статьи 18 Закона о рекламе, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт 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.

Текст спорной рекламы не содержит персональных данных лиц или указания на конкретного адресата.

Рассматриваемая реклама направлена на привлечение внимания к услугам, предоставляемым театральной компанией «Moscow Show» (ООО «Эмси»), 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, объект рекламирования – 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. Под товаром, согласно пункту 3 указанной статьи понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Объектом рекламирования в рассматриваемой рекламе являются услуги театральной компании «Moscow Show» (ООО «Эмси»).

Рассматриваемая информация, распространяемая по сетям электросвязи, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством осуществления на номер телефона <...> входящего звонка, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством телефонного звонка; адресована неопределенному кругу лиц; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Согласно части 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.

Согласно правовой позиции ВАС РФ, изложенной в пункте 15 Постановления Пленума ВАС РФ «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.

Таким образом, согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

В соответствии с письменными пояснениями ООО «Эмси» (от 01.11.2018 исх. № 01/11-18), распространением театральных билетов на проводимые организацией мероприятия посредством использования телефонной связи Общество не занимается. <...> и упомянутый в рекламном звонке Роман Павлович не являются и не являлись сотрудниками компании ООО «Эмси».

Вместе с тем, согласно письму Федеральной антимонопольной службы от 31 мая 2016 года № АК/36350/16 «О разъяснении отдельных положений Федерального закона «О рекламе», отнесение того или иного лица к рекламодателю осуществляется исходя из объекта рекламирования,

к которому формируется интерес в рекламе, условий договора о распространении рекламы, а также иных обстоятельств распространения рекламы. Рекламодателем такой рекламы признается юридическое лицо, в том числе поскольку в силу объекта рекламирования и обстоятельств распространения рекламы данное юридическое лицо заинтересованно в распространении рекламы.

Учитывая изложенное, ООО «Эмси» является рекламодателем указанной рекламы и лицом, в чьих интересах распространялась реклама.

Комиссии не были представлены доказательства получения Игнатьевым П.А. согласия владельца абонентского номера <...> на получение рекламы.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

В соответствии с полученными Комиссией сведениями, номер <...> выделен < ... > в связи с чем, на основании изложенного рекламораспространителем спорной рекламы является <...> (место регистрации: <...>).

В связи с тем, что нарушение требований законодательства Российской Федерации о рекламе не устранено, Комиссия Московского областного УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи предписания об устранении нарушения законодательства о рекламе.

Руководствуясь частью 2 пункта 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

РЕШИЛА:

1. Признать рассматриваемую рекламу ненадлежащей, не соответствующей требованиям части 1 статьи 18 Федерального

закона
от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Выдать <...> обязательное для исполнения предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. Выдать ООО «Эмси» обязательное для исполнения предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Управления Федеральной антимонопольной службы Московской области для рассмотрения вопроса о необходимости возбуждения дела по признакам нарушения, предупреждения части 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Председатель Комиссии
Стрельников

Д.Ю.

Члены Комиссии

А.А. Федорова

С.С. Минакова

С.С. Минакова

(499) 755-23-23 (Доб. 050-215)