

ООО «Оникс»

157460, Костромская обл.,
г. Макарьев, ул. Первомайская, д.
49

ООО «Ключ и К»

109147, г. Санкт-Петербург,
ул. Лазо, д. 5, лит. А, пом. 18-Н

195279, Санкт-Петербург,
пр. Индустриальный, д. 27, под. 6

<...>

РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения оглашена «31» мая 2016 г.

В полном объеме решение изготовлено «27» июня 2016 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) в составе:

председателя Комиссии – И.С. Гудковой,

членов Комиссии – Н.С. Уваровой, К.С. Сучковой,

рассмотрев дело № 3-18-18/77-16, возбужденное по факту

распространения на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка рекламы следующего содержания:

«Здравствуйте, меня зовут Базан. Я менеджер проекта «Пионер Гуд Дискотека 90-х». В этом месяце у нас акция. Мы хотели бы Вам предложить 15 бесплатных...», поступившей 09.07.2015 в 11:32 с номера +7-812-383-93-97;

«Здравствуйте, меня зовут Анна. Я менеджер проекта «Пионер диско 90 х». Мы проводим акцию...», поступившей 02.09.2015 в 16:42 с номера +7 812-383-93-97, с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 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 представителей ООО «Ключ и К» в лице законного представителя Тимофеева М.А., Моисеева Г.Н. (по доверенности б/н от 01.08.2015),

в отсутствие представителя ООО «Оникс» (надлежащим образом уведомлено),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-18/77-16 возбуждено в отношении ООО «Оникс», на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер +7-916-292-64-52 посредством телефонного звонка рекламы следующего содержания:

«Здравствуйте, меня зовут Базан. Я менеджер проекта «Пионер Гуд Дискотека 90-х». В этом месяце у нас акция. Мы хотели бы Вам предложить 15 бесплатных...», поступившей 09.07.2015 в 11:32 с номера +7-812-383-93-97;

«Здравствуйте, меня зовут Анна. Я менеджер проекта «Пионер диско 90 х». Мы проводим акцию...», поступившей 02.09.2015 в 16:42 с номера +7 812-383-93-97.

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 «Ключ и К» (адрес: 109147, г. Санкт-Петербург, ул. Лазо, д. 5, лит. А, пом. 18-Н) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 15.10.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027804184143, ИНН 7806049149, КПП 780601001.

ООО «Оникс» (адрес: 157460, Костромская обл., г. Макарьев, ул. Первомайская, д. 49) является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 17.10.2005 за основным государственным регистрационным номером 1054434571993, ИНН 4416003376, КПП 441601001.

Поступление рассматриваемой рекламы на номер телефона <...> подтверждается аудиозаписями телефонных разговоров, содержащими текст рассматриваемого рекламного сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной физическим лицом в материалы дела.

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 спорного 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.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространяемая информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалы дела не представлено доказательств распространения рассматриваемых сообщений, распространенных посредством телефонного звонка, исключительно на один телефонный номер <...> а равно 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.

Исходя из текста телефонного звонка, в котором содержатся предложение воспользоваться услугами конкретной (звонившей)

компании, занимающейся распространением билетов на культурные мероприятия (концерты, в театр и т. д.), следует, что распространяемая информация направлена на привлечение внимания абонента именно к этим услугам.

Таким образом, информация, распространенная на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством телефонного звонка; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к услугам по распространению билетов на культурные мероприятия.

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 ВАС РФ 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 рекламораспространителя.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы о возможности приобрести билеты он не давал. Доказательств получения согласия абонента на получение рекламы лицами, участвующими в деле, не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективной невозможности получения ООО «Ключ и К», ООО «Оникс» информации о наличии либо отсутствии согласия гражданина, подавшего обращение в Московское УФАС России, на получение рекламы Обществами также не представлено.

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

Таким образом, распространение 09.07.2015 в 11:32 и 02.09.2015 в 16:42 с телефонного номера +7 812-383-93-97 рекламы товаров и услуг на номер телефона <...> 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.

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

В соответствии с Российским планом нумерации, номер +7 812-383-93-97, с которого заявителю поступил звонок рекламного характера, закреплен за ООО «Ключ и К».

В соответствии с представленными ООО «Ключ и К» в материалы дела № 3 18-18/77-16 документами и сведениями, номер +7 812-383-93-97 передан в пользование ООО «Оникс» на основании Договора № 20150701/2403 от 01.07.2015 на предоставление услуг связи по передаче

данных для целей передачи голосовой информации и услуг местной связи.

Однако, как установлено Московским УФАС России, в тексте рассматриваемого договора не содержится условия о передаче конкретного телефонного номера в пользование ООО «Оникс». Пунктом 4.2 данного договора установлено, что ООО «Оникс» путем набора номера доступа в г. Санкт-Петербурге +7 (812) 383 93-99 к телекоммуникационному узлу оператора и после ввода пароля доступа получает доступ к личному кабинету. Таким образом, вход в личный кабинет осуществляется по номеру не соответствующему телефонному номеру, с которого 09.07.2015 в 11:32 и 02.09.2015 в 16:42 поступили спорные звонки.

По запросу Московского УФАС России об уточнении представленных сведений, ООО «Ключ и К» сообщено, что договор на пользование номером +7 812-383-93-97 ООО «Оникс» от имени ООО «Ключ и К» заключало третье лицо по агентскому договору (согласно данным, представленным ООО «Ключ и К», Договор №CS-20150317/2311 от 17.03.2015, заключенный между ООО «Ключ и К» и ООО «Элком»). В связи с тем, что агент на отвечает на запросы Общества, ООО «Ключ и К» не имеет возможности уточнить информацию относительно несовпадения телефонных номеров в запросах Московского УФАС России и в представленных в ответ документах. Однако, как установлено из содержания представленного договора, между ООО «Ключ и К» (Исполнитель по договору) и ООО «Элком» (Заказчик по договору) был заключен договор на оказание консалтинговых услуг, в которые входит: предоставление консультационных услуг по вопросам маркетингового исследования населения и организация для целей предоставления услуг; предоставление консультационных услуг по настройке необходимого телефонного оборудования; предоставление консультационных услуг по сопровождению телефонного оборудования; предоставление консультационных услуг по связи телефонного оборудования с базами данных ООО «Элком».

Таким образом, согласно вышеописанному договору ООО «Ключ и К» оказывает ООО «ЭлКом» пакет консультационных услуг. Полномочия по заключению от имени ООО «Ключ и К» ООО «ЭлКом» не передавались, номер <...> 812-383-93-97, а также какие-либо другие номера по данному договору Заказчику не выделялись.

Согласно письменным пояснениям ООО «Оникс», Общество занимается розничной торговлей, что подтверждается выпиской из ЕГРЮЛ, и не имеет никакого отношения к распространению ненадлежащей рекламы с номера +7 812-383-93-97.

Следовательно, исходя из имеющихся в материалах дела документов и сведений, представленных лицами, участвующими в деле, у Комиссии Московского УФАС России нет оснований не доверять сведениям, представленным ООО «Оникс» и установить отсутствие фактического владения Обществом номером +7 812-383-93-97, с которого поступили звонки на номер заявителя, так как никаких документальных подтверждений такой передачи владельцем номера не представлено.

ООО «Ключ и К» является оператором связи, что подтверждается содержащимися в ЕГРЮЛ сведениями о соответствующих лицензиях, с выделенным ему диапазоном телефонных номеров. Общество осуществляет деятельность по управлению номерами в выделенном ему диапазоне, в том числе по заключению договоров на предоставление в пользование таких номеров третьим лицам.

Беря на себя риск заниматься определенным видом деятельности хозяйствующий субъект берет на себя обязанность осуществлять такую деятельность в полном соответствии с законодательством Российской Федерации в частности законодательством о рекламе. Таким образом, ООО «Ключ и К», предоставляя в пользование какому-либо лицу номер <...> который в соответствии с Российским планом нумерации закреплен за ним, берет на себя определенную ответственность. Отсутствие в данном случае надлежащего подтверждения передачи Обществом номера в пользование третьему лицу свидетельствует о не проявлении ООО «Ключ и К» должной осмотрительности при осуществлении предпринимательской деятельности.

Передача номеров в пользование третьим лицам осуществляется на возмездной основе. Таким образом, желание ООО «Ключ и К» получать доход за предоставление определенного телефонного номера и снять с себя всякую ответственность, не подтверждая при этом факт передачи номера ничем, кроме голословных утверждений, противоречит гражданскому законодательству Российской Федерации, а также требованиям о добросовестном поведении субъектов.

Таким образом даже фактическое предоставление номера +7 812 383 93-97 в пользование третьему лицу без заключения соответствующий соглашения не может снять с ООО «Ключ и К» ответственности за нарушение с помощью данного номера законодательства Российской Федерации, в том числе законодательства о рекламе.

Исходя из вышеизложенного, непосредственное доведение рекламной информации до потребителя осуществляло ООО «Ключ и К» в силу прямого доступа к использованию телефонного номера и отсутствия надлежащих доказательств использования данного номера другим лицом.

В тоже время факт поступления спорного звонка именно с указанного телефонного номера: +7 812 383 93-97, подтверждается детализированной выпиской по номеру заявителя.

Резюмируя изложенное, в данном случае имеются все основания считать ООО «Ключ и К» рекламораспространителем в понимании пункта

7 статьи 3 Закона о рекламе.

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 «Ключ и К» предписаний о прекращении нарушения (предупреждение аналогичного правонарушений) законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно распространение 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 «Ключ и К» нарушившим требования части 1 статьи 18 Закона о рекламе в связи с распространением Обществом на телефонный номер <...> ненадлежащей рекламы следующего содержания:

«Здравствуйтесь, меня зовут Базан. Я менеджер проекта «Пионер Гуд Дискотека 90-х». В этом месяце у нас акция. Мы хотели бы Вам предложить 15 бесплатных...», поступившей 09.07.2015 в 11:32 с номера +7-812-383-93-97;

«Здравствуйтесь, меня зовут Анна. Я менеджер проекта «Пионер диско 90 х». Мы проводим акцию...», поступившей 02.09.2015 в 16:42 с номера +7 812-383-93-97.

2. Выдать ПАО «Ключ и К» предписание о недопущении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. В отношении ООО «Оникс» производство по делу прекратить в связи с неподтверждением в ходе рассмотрения факта нарушения Обществом части 1 статьи 18 Закона о рекламе.
4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения 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

И.С. Гудкова

Члены Комиссии

Н.С. Уварова

К.С. Сучкова