

РЕШЕНИЕ

по делу № 055/05/18-644/2022

07 сентября 2022 года

город Омск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее – Омское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее также – Комиссия) в составе:

председатель Комиссии – <...>, заместитель руководителя Омского УФАС России,

члены Комиссии: <...>,

рассмотрев дело № 055/05/18-644/2022 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения обществом с ограниченной ответственностью «МОСТРАНСИМПОРТ» (ИНН 7702461083, ОГРН 1197746008206, далее – ООО «МОСТРАНСИМПОРТ», Общество) рекламы, содержащей признаки нарушения требований частей 1 и 2 статьи 18, части 7 статьи 24 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в отсутствие заявителя, законного представителя ООО «МОСТРАНСИМПОРТ», извещенных надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России из ФАС России поступило обращение гражданина <...> по факту осуществления 30.05.2022 в 16:15 час. на принадлежащий ему абонентский номер <...> звонка рекламного характера с абонентского номера <...>.

В качестве доказательства заявителем приложена аудиозапись телефонного разговора следующего содержания:

«- Да, здравствуйте!

*- Алло, здравствуйте! Меня зовут Ария. Я хочу пригласить вас на бесплатное мероприятие в честь открытия медицинского массажного центра в Омске. И, кстати, сразу хочу сообщить вам о том, что на нашем мероприятии соблюдены все меры безопасности и предосторожности в связи со вспышкой вируса. Ну, это чтобы вы не волновались. Так вот, там вы сможете абсолютно бесплатно пройти **сеанс расслабляющего и оздоровительного массажа** на нашем новейшем японском оборудовании, а затем оставить свой отзыв, и взамен на это получите от нас замечательный подарок - это беспроводные наушники, которые можно подключать к смартфону или планшету. У них очень высокое качество звука, и они отлично подходят как для телефонных разговоров, так и для прослушивания музыки. Наша встреча состоится 5 июня, в воскресенье, в Омске. О сути мероприятия перезвоню вам и сообщу точный адрес».*

Факт поступления входящего звонка с абонентского номера <...> в адрес заявителя **подтверждается детализацией** по абонентскому номеру <...>, представленной в адрес Омского УФАС России оператором связи ООО «ТЕЛКОМНЭТ».

Согласно информации из Базы данных перенесенных абонентских номеров, размещенной на сайте ФГУП «ЦНИИС», абонентский номер <...> принадлежит ресурсу нумерации ООО «ТЕЛКОМНЭТ».

На запрос Омского УФАС России ООО «ТЕЛКОМНЭТ» представлена информация, согласно которой абонентский номер <...> в рамках договора на услуги связи № Т000941/VPI от 26.08.2021 был выделен ООО «МОСТРАНСИМПОРТ». Период использования указанного абонентского номера с 16.05.2022 по 02.06.2022.

Таким образом, **на момент поступления вышеуказанного звонка (30.05.2022 в 16:15 час.) в адрес гражданина <...> (абонентский номер <...>) абонентский номер <...> находился в пользовании ООО «МОСТРАНСИМПОРТ».**

На запрос Омского УФАС России ООО «МОСТРАНСИМПОРТ» была представлена следующая информация (вх. № 7806 от 09.08.2022): «...Доводы представленные УФАС по Омской области основаны исключительно на предположении того, что на телефон заявителя на номер <...> был осуществлен звонок с номера <...>.

По обстоятельствам, изложенным ООО «МосТрансИмпорт» поясняет следующее.

В соответствии с п. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе», реклама - это 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.

Исходя из ответа ФАС России на обращение Федеральной налоговой службы о понятии «неопределенный круг лиц», применяемом в законодательстве Российской Федерации о рекламе (ПИСЬМО от 5 апреля 2007 г. № АЦ/4624) в ст. 3 ФЗ «О рекламе» под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Соответственно, распространение такой персонифицированной информации о товаре, обязательно должно быть адресовано неопределенному кругу лиц.

С фактами нарушения ООО «МосТрансИмпорт» требований Федерального закона «О рекламе» не согласны.

ООО «МосТрансИмпорт» является коммерческой организацией, осуществляющей свою деятельность на основании Устава Общества, а также в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации. Сотрудники нашей компании не могли звонить по вопросу рекламы медицинского массажного центра в связи с тем, что осуществление медицинской деятельности на территории РФ ни к основным ни к сопутствующим видам деятельности нашей организации не относится.

Исходя из делового оборота ООО «МосТрансИмпорт», звонки от имени общества могут осуществляться исключительно персонифицированным клиентам, т. е. при наличии его в клиентской базе.

Ввиду того, что ООО «МосТрансИмпорт» не занимается деятельностью, связанной с медициной, не имеет специального разрешения (лицензии) на то, сотрудники общества не уполномочены, т.е. лишены возможности распространять рекламу в принципе, т.к. мы непосредственно осуществляем торговлю массажным оборудованием, производства РКС, а также приборами бытового назначения, посудой, путем проведения презентаций и выставок на территории РФ, а также осуществляем оптовые поставки массажного оборудования

юридическим лицам.

Также желаем сообщить, что ООО «МосТрансИмпорт» никогда не распространяло, не распространяет и не планирует распространять рекламу медицинского характера, а тем более медицинских центров.

ООО «МосТрансИмпорт» достаточно крупная компания на территории РФ, предполагаем, что третьи лица пытаются за счет популярности нашей компании не законно использовать торговый знак нашей компании, а также вводить в заблуждение потенциальных потребителей.

ООО «МосТрансИмпорт» предполагает, что действиями не установленного круга лиц могли быть не соблюдены требования Закона РФ «О рекламе», но наша организация такого рода нарушений не допускает и не совершает.

Вопрос о наличии в информации признаков рекламы должен решаться с учетом конкретных обстоятельств дела.

В Определении не усматривается достоверных сведений, указывающих на предпринимательский характер рекламируемых услуг, а также, что эти услуги будут предоставлены непосредственно ООО «МосТрансИмпорт». Также из Определения не усматривается, что данная информация озвучена «на правах рекламы», а также достоверных сведений, что рекламодателем является непосредственно ООО «МосТрансИмпорт». Выводы о совершении фактов правонарушений основываются исключительно на принадлежности номера телефона <...>, однако прямых доказательств, что именно представитель ООО «М Конкорд» являлся распространителем спорной рекламы не приведено, что является сомнительным и может трактоваться в пользу правонарушителя.

В силу статьи 2 Закона РФ «О рекламе» рекламой юридического лица является распространяемая в любой форме, с помощью любых средств информация об этом лице, которая призвана формировать и поддерживать к нему интерес и предназначена для неопределенного круга потребителей.

Из Определения не усматривается достоверных фактов, в подтверждение того, что информация и ее объем связаны с деятельностью ООО «МосТрансИмпорт», предназначалась либо была призвана сформировать интерес к ее деятельности...

...Факт поступления телефонного звонка на номер <...> не доказан, что не позволяет достоверно установить (персонализировать) личность звонившего, а также установить прямую связь (принадлежность) звонившего к ООО «МосТрансИмпорт», тем самым в законный способ не установлена личность правонарушителя...».

Рассмотрев имеющиеся материалы дела, пояснения ООО «МОСТРАНСИМПОРТ», Комиссия Омского УФАС России не может согласиться с доводами Общества, исходя из следующего.

По определению, данному статьей 3 Федерального закона «О рекламе»:

реклама - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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;

объект рекламирования - это 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;

товар - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

При этом термин «реклама», обозначенный в части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», предполагает значение, отличающееся от общего понятия «реклама», данного в статье 3 Федерального закона «О рекламе» - в нем отсутствует такой признак рекламы, как ее адресованность неопределенному кругу лиц.

Информация, передаваемая посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, всегда предполагает индивидуализированного посредством абонентского номера или уникального кода идентификации абонента, который ее получает. Рассылка смс-сообщений по каналам телефонной связи не может быть произведена иначе как на конкретный абонентский номер.

Таким образом, в силу специфики способа распространения, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный абонентский номер, предполагается нормами законодательства о рекламе (часть 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе») и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенной информации.

Учитывая изложенное, распространенная 30.05.2022 в 16:15 час. в адрес гражданина (абонентский номер <...>) с абонентского номера <...> информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками – распространена по сетям электросвязи, направлена на привлечение внимания к медицинскому центру в г. Омске и оказываемым в нем услугам (массаж).

При этом указанная реклама распространена с нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

По утверждению заявителя, рекламная информация была направлена без его предварительного согласия на получение рекламы, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», согласно которой 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 именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на получение рекламы, и именно он несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы.

Кроме того, запись телефонного разговора, предоставленная заявителем, содержащая воспроизведенный, заранее записанный аудиофрагмент, позволяет сделать вывод о том, что в ходе осуществления такого звонка использовались средства набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозванивание).

В силу части 2 статьи 18 Федерального 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).

Учитывая, что согласие заявителя на получение рекламы от ООО «МОСТРАНСИМПОРТ» в адрес Омского УФАС России представлено не было, а в ходе осуществления звонка рекламного характера использовались средства набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозванивание), следовательно, в действиях ООО «МОСТРАНСИМПОРТ» содержатся нарушения требований частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Кроме того, в рекламе привлекается внимание к услугам по оздоровительному и расслабляющему массажу.

Федеральным законом от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» установлены следующие понятия:

медицинская помощь - комплекс мероприятий, направленных на поддержание и (или) восстановление здоровья и включающих в себя предоставление медицинских услуг;

медицинская услуга - это медицинское вмешательство или комплекс медицинских вмешательств, направленных на профилактику, диагностику и лечение заболеваний, медицинскую реабилитацию и имеющих самостоятельное законченное значение;

медицинское вмешательство - выполняемые медицинским работником и иным работником, имеющим право на осуществление медицинской деятельности, по отношению к пациенту, затрагивающие физическое или психическое состояние человека и имеющие профилактическую, исследовательскую, диагностическую, лечебную, реабилитационную направленность виды медицинских обследований и (или) медицинских манипуляций, а также искусственное прерывание беременности.

Приказом Минздрава России от 13.10.2017 № 804н «Об утверждении номенклатуры медицинских услуг» утверждена Номенклатура медицинских услуг (далее - Номенклатура), представляющая собой систематизированный перечень кодов и наименований медицинских услуг в здравоохранении.

Согласно положениям Номенклатуры перечень медицинских услуг разделен на два раздела «А» и «В»:

- раздел «А» включает медицинские услуги, представляющие собой определенные виды медицинских вмешательств, направленные на профилактику, диагностику и лечение заболеваний, медицинскую реабилитацию и имеющие самостоятельное законченное значение;

- раздел «В» включает медицинские услуги, представляющие собой комплекс медицинских вмешательств, направленных на профилактику, диагностику и лечение заболеваний, медицинскую реабилитацию и имеющих самостоятельное законченное значение.

Такая услуга как **массаж** относится к классу «А», к типу медицинской услуги – лечение с помощью простых физических воздействий на пациента (массаж, иглорефлексотерапия, мануальная терапия), и включает в себя следующие виды: общий массаж медицинский (код медицинской услуги А А21.01.001), массаж воротниковой области (код медицинской услуги А21.01.003.001), массаж верхней конечности, надплечья и области лопатки (код медицинской услуги А21.01.004.001), массаж плечевого сустава (код медицинской услуги А21.01.004.002), массаж локтевого сустава (код медицинской услуги А21.01.004.003), массаж лучезапястного сустава (код медицинской услуги А21.01.004.004), Массаж кисти и предплечья (код медицинской услуги А21.01.004.005), вакуумный массаж кожи (код медицинской услуги А21.01.007), массаж шейно-грудного отдела позвоночника (код медицинской услуги А21.03.002.005) и др.

Согласно позиции ФАС России, указанной в письме от 25.09.2017 № АК/65861/17 «О рекламе методов профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации», **«указание в рекламе способов воздействия на организм человека, полностью совпадающих с наименованием медицинских услуг, содержащихся в Номенклатуре, позволяет квалифицировать такую рекламу в качестве рекламы медицинских услуг, при отсутствии в такой рекламе иной информации, позволяющей выделить иные объекты рекламирования, в том числе при отсутствии в рекламе раскрытия содержания того или иного метода профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации».**

В силу части 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе» **реклама** лекарственных препаратов, **медицинских услуг**, в том числе методов профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации, медицинских изделий **должна сопровождаться предупреждением о наличии противопоказаний к их применению и использованию, необходимости ознакомления с инструкцией по применению или получения консультации специалистов**. В рекламе, распространяемой в радиопрограммах, продолжительность такого предупреждения должна составлять не менее чем три секунды, в рекламе, распространяемой в телепрограммах и при кино- и видеообслуживании, - не менее чем пять секунд и должно быть отведено не менее чем семь процентов площади кадра, а в рекламе, распространяемой другими способами, - **не менее чем пять процентов рекламной площади (рекламного пространства)**. Требования настоящей части не распространяются на рекламу, распространяемую в местах проведения медицинских или фармацевтических выставок, семинаров, конференций и иных подобных мероприятий, а также в предназначенных для медицинских и фармацевтических работников специализированных печатных изданиях, и на иную рекламу, потребителями которой являются исключительно медицинские и фармацевтические работники.

Указанная норма требует включать в содержание рекламы лекарственных препаратов, медицинских услуг, в том числе методов профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации, медицинских изделий один из видов предупреждения:

- о наличии противопоказаний к их применению и использованию;
- о необходимости ознакомления с инструкцией по применению объекта рекламирования;
- о необходимости получения консультации специалистов.

При этом в зависимости от вида объекта рекламирования рекламодатель самостоятельно вправе определить, какой из этих видов предупреждения использовать в рекламе (письмо ФАС России от 22.06.2020 № ДФ/52241/20).

В нарушение части 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе» реклама, распространенная 30.05.2022 в 16:15 час. в адрес гражданина (абонентский номер <...>), не сопровождалась предусмотренным предупреждением.

По определению (пункт 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») **ненадлежащая** реклама – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Согласно пункту 5 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», рекламодатель - это изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Исходя из определений, данных в пунктах 5 и 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», ООО «МОСТРАНСИМПОРТ» является и рекламодателем, рекламодателем.

В силу части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных частями 1 и 2 статьи 18, частью 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе».

Частью 6 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» установлено, что рекламодатель несет ответственность за нарушения требований части 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе».

Определением Омского УФАС России от 08.08.2022 в отношении ООО «МОСТРАНСИМПОРТ» было возбуждено дело № 055/05/18-644/2022 по признакам нарушения требований частей 1 и 2 статьи 18, части 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе».

Копия определения направлена по юридическому адресу ООО «МОСТРАНСИМПОРТ» заказным письмом с уведомлением от 09.08.2022 № 06-6319, и, согласно уведомлению о вручении данное письмо (почтовый идентификатор отправления 64401072744485) получено адресатом 17.08.2022.

Таким образом, ООО «МОСТРАНСИМПОРТ» надлежащим образом уведомлено о времени и месте рассмотрения дела № 055/05/18-644/2022.

Рассмотрев материалы дела, учитывая наличие договора на услуги связи № Т000941/VPI от 26.08.2021, заключенного между ООО «МОСТРАНСИМПОРТ» и ООО «ТЕЛКОМНЭТ», Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу о нарушении ООО «МОСТРАНСИМПОРТ» требований частей 1 и 2 статьи 18, части 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе» при распространении 30.05.2022 в 16:15 час. в адрес гражданина <...> (абонентский номер <...>) с абонентского номера <...> посредством радиотелефонной связи рекламы медицинских услуг без предварительного согласия абонента на ее получение.

Учитывая пояснения Заявителя (вх. № 7887э от 10.08.2022) о том, что в настоящее время звонки рекламного характера с абонентского номера <...> в его адрес не поступают, Комиссией Омского УФАС России сделан вывод о нецелесообразности выдачи ООО «МОСТРАНСИМПОРТ» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 - 48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать действия ООО «МОСТРАНСИМПОРТ» (ИНН 7702461083, ОГРН 1197746008206), выразившиеся в распространении 30.05.2022 в 16:15 час. в адрес гражданина <...> (абонентский номер <...>) с абонентского номера <...> посредством радиотелефонной связи рекламы без предварительного согласия абонента на ее получение, нарушающими требования частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Признать рекламу: *«Алло, здравствуйте! Меня зовут Ария. Я хочу пригласить вас на бесплатное мероприятие в честь открытия медицинского массажного центра в Омске. И, кстати, сразу хочу сообщить вам о том, что на нашем мероприятии соблюдены все меры безопасности и предосторожности в связи со вспышкой вируса. Ну, это чтобы вы не волновались. Так вот, там вы сможете абсолютно бесплатно пройти **сеанс расслабляющего и оздоровительного массажа** на нашем новейшем японском оборудовании, а затем оставить свой отзыв, и взамен на это получите от нас замечательный подарок - это беспроводные наушники, которые можно подключать к смартфону или планшету. У них очень высокое качество звука, и они отлично подходят как для телефонных разговоров, так и для прослушивания музыки. Наша встреча состоится 5 июня, в воскресенье, в Омске. О сути мероприятия перезвоню вам и сообщу точный адрес»*, распространенную ООО «МОСТРАНСИМПОРТ» (ИНН 7702461083, ОГРН 1197746008206) 30.05.2022 в 16:15 час. в адрес гражданина Я.Г. Медведева (абонентский номер <...>) с абонентского номера <...> посредством радиотелефонной связи, ненадлежащей, нарушающей требования части 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе».

3. Не выдавать ООО «МОСТРАНСИМПОРТ» предписание о прекращении нарушения

законодательства Российской Федерации о рекламе.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу антимонопольного органа для возбуждения дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 08 сентября 2022 года.

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

Председатель Комиссии<...>

Члены Комиссии: <...