

# РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-16323/2019

«29» января 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: <...>а,

членов Комиссии: <...>ой, <...>ой, <...>,

рассмотрев дело № 077/05/18-16323/2019, возбужденное в отношении ООО «Нэт Бай Нэт Холдинг», <...> по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Алло, здравствуйте, меня Максим зовут, я представитель группы компаний Мегафон. Подскажите, пожалуйста, вы пользуетесь домашним интернетом?...», поступившей 26.07.2019 в 14:43 с номера +7-495-980-24-00, с признаками нарушения части 1 статьи 18 закона от 13.03.2006 № 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 представителя ООО «Нэт Бай Нэт Холдинг» в лице <...>

(по доверенности № 148 от 24.01.2020), <...> (лично),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-16323/2019 возбуждено в отношении ООО «Нэт Бай Нэт Холдинг», <...> на основании заявления физического лица и материалов по факту распространения посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Алло, здравствуйте, меня Максим зовут, я представитель группы компаний Мегафон. Подскажите, пожалуйста, вы пользуетесь домашним интернетом?...», поступившей 26.07.2019 в 14:43 с номера +7-495-980-24-00.

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 «Нэт Бай Нэт Холдинг» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 21.03.2006 за основным государственным регистрационным номером 1067746398411, ИНН/КПП 7723565630/770701001.

Согласно материалам дела № 077/05/18-16323/2019 спорная реклама на

номер телефона <...> поступила 26.07.2019 в 14:43 с номера +7-495-980-24-00. Поступление указанной рекламы на телефонный номер

<...>

подтверждается аудиозаписью телефонного разговора, содержащей 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 — 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 обобщенный

3 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. 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 телефонного звонка, в котором содержится предложение по подключению Интернета, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

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

Таким образом, информация, распространенная посредством осуществления на номер телефона <...> телефонных звонков, 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

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

4

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

Таким образом, распространенная на телефонный номер <...> реклама следующего содержания: «Алло, здравствуйте, меня Максим зовут, я представитель группы компаний Мегафон. Подскажите, пожалуйста, вы пользуетесь домашним интернетом?...», поступившая 26.07.2019 в 14:43 с номера +7-495-980-24-00 с нарушением части 1 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 материалам дела абонентский номер <...> -495-980-24-00, с которого поступил спорный звонок, принадлежит ООО «Нэт Бай Нэт Холдинг». В период распространения спорной рекламы указанный номер был выделен <...> на основании агентского договора № Н/Д-АГФл/39 от 01.01.2019,

5 заключенного между

ООО «Нэт Бай Нэт Холдинг» и <...> (далее — агентский договор).

Согласно пункту 1.1 агентского договора в соответствии с условиями договора по поручению ООО «Нэт Бай Нэт Холдинг» <...> от своего имени, но за счет Общества выполняет действия по привлечению абонентов — физических лиц для подключения их к услугам связи, оказываемым Обществом, а Общество обязуется уплатить <...> вознаграждение за выполненные действия в порядке и на условиях, предусмотренных данным договором.

Согласно пункту 3.1 агентского договора услуги по данному договору оказываются непосредственно <...>

Также ООО «Нэт Бай Нэт Холдинг» представлены письменные пояснения, согласно которым <...> в рамках агентского договора были присвоены логин и пароль для возможности совершения звонков с использованием аппаратно-программного комплекса Общества, при этом выбор абонентов, которым будет адресован звонок, осуществлялся <...> самостоятельно без участия Общества.

При таких обстоятельствах Комиссия приходит к выводу, что в

рассматриваемом случае рекламодателем в понимании Закона о рекламе является только <...> ООО «Нэт Бай Нэт Холдинг» в данном случае, осуществляя исключительно техническую функцию по обеспечению <...> возможности для совершения телефонных звонков, не имело возможности влиять на деятельность <...> в том числе при совершении спорного телефонного звонка.

Таким образом, ввиду вышесказанного ООО «Нэт Бай Нэт Холдинг» в рассматриваемом деле признается заинтересованным лицом.

На основании изложенного <...> является рекламодателем рекламы следующего содержания: «Алло, здравствуйте, меня Максим зовут, я представитель группы компаний Мегафон. Подскажите, пожалуйста, вы пользуетесь домашним интернетом?...», поступившей 26.07.2019 в 14:43 с номера +7-495-980-24-00.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, незаконной по способу распространения потребителю, <...> не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях <...> установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Алло, здравствуйте, меня Максим зовут, я представитель группы компаний Мегафон. Подскажите, пожалуйста, вы пользуетесь домашним интернетом?...», поступившей 26.07.2019 в 14:43 с номера +7-495-980-24-00, без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения

6  
указанной рекламы, <...> 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 <...> предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе, ООО «Нэт Бай Нэт Холдинг» — предписания о принятии мер по предотвращению использования <...> телефонного номера +7-495-980-24-00 в целях распространения ненадлежащей рекламы посредством использования телефонной связи.

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

7

РЕШИЛА:

1. Признать <...> нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Алло, здравствуйте, меня Максим зовут, я представитель группы компаний Мегафон. Подскажите, пожалуйста, вы пользуетесь домашним интернетом?...», поступившей 26.07.2019 в 14:43 с номера +7-495-980-24-00, без предварительного согласия абонента на ее получение.

2. Выдать <...> предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Выдать ООО «Нэт Бай Нэт Холдинг» предписание о принятии мер по предотвращению распространения <...> рекламы на телефонный номер <...> посредством использования телефонной связи.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>а

<...>а

<...>