

РЕШЕНИЕ

по делу № 034/05/18-167/2020

23 июня 2020 года г. Волгоград

Резолютивная часть решения оглашена 08 июня 2020 года

Комиссия Волгоградского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии - заместитель руководителя Управления – Н.И.Б.

Члены Комиссии - заместитель начальника отдела – А.Е.В.

- ведущий специалист - эксперт – К.Т.С.,

рассмотрев дело № 034/05/18-167/2020, возбужденное в отношении ООО «Максимум» (129090, Москва пл. Сухаревская М., д. 3, АН/П/К/О 1/III/2/46, ОГРН: 1197746494373, дата присвоения ОГРН: 07.08.2019, ИНН: 9702004404, КПП: 770201001) по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в отсутствие представителей лиц, привлеченных к участию в деле, уведомленных о времени и месте рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

Антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий государственный надзор за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе, в том числе предупреждает, выявляет и пресекает нарушения физическими или юридическими лицами законодательства Российской Федерации о рекламе; возбуждает и рассматривает дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (ч. 1 ст. 33 Закона о рекламе).

Территориальный антимонопольный орган Федеральной антимонопольной службы, осуществляющий надзор за соблюдением законодательства о рекламе, руководствуется в своей деятельности Правилами рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006г. № 508 (далее - Правила).

В соответствии с п. 12 Правил дело может быть возбуждено Федеральной антимонопольной службой или ее территориальными органами по собственной инициативе при выявлении фактов, указывающих на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также по представлению прокурора, обращению органа государственной власти или органа местного самоуправления, заявлению физического или юридического лица.

Волгоградское УФАС России рассмотрело заявление абонента ПАО «Мегафон» Г.В.С. (вх. № 12296 от 27.12.2019), в котором сообщается о распространении рекламы посредством звонков на его номер <...>, в том числе 08.12.2019 в 14:58

с номера +7 925 697 6010 на телефон заявителя поступил звонок с предложением пройти бесплатное обследование в клинике «Worlddent» (ООО «БутиКо»). Заявитель указал, что согласия на получения данной рекламы не давал. Место жительства заявителя (место получения спорного звонка без согласия заявителя) – Волгоград.

К заявлению приложена детализация оказанных услуг с 01.10.2019 по 26.12.2019 по номеру лицевого счета 573041052087 (абонентский номер <...>), подтверждающая поступление указанного заявителем звонка 08.12.2019 с номера «Мегафон» другого региона при нахождении абонента при использовании услуги связи на территории Волгоградской области. Продолжительность разговора между заявителем и вызывающим абонентом +7 925 697 6010 составила 73 сек.

В рамках рассмотрения заявления антимонопольным органом была получена следующая информация.

ООО «БутиКо» в письме от 27.01.2020 вх. № 551 указало, что номер <...> 925 697 6010, с которого осуществлялся звонок заявителю, Обществу не принадлежит, распространение рекламы Обществом не осуществлялось.

Согласно данным ПАО «Мегафон» абонентский номер <...> 925 697 6010 выделен ООО «Максимум» (письмо ПАО «Мегафон» от 14.01.2020 вх. № 181).

Определением от 27.02.2020 было возбуждено дело № 034/05/18-167/2020 в отношении ООО «Максимум» (129090, Москва пл. Сухаревская М., д. 3, АН/П/К/О 1/III/2/46, ОГРН: 1197746494373, дата присвоения ОГРН: 07.08.2019, ИНН: 9702004404, КПП: 770201001) по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

В целях обеспечения соблюдения требований п.п. 3-5 Правил на основании п. 6 Правил, Волгоградское УФАС России ходатайствовало перед ФАС России о наделении полномочиями на рассмотрение дела по признакам нарушения законодательства о рекламе (ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе), в том числе в отношении ООО «Максимум» (129090, Москва пл. Сухаревская М., д. 3, АН/П/К/О 1/III/2/46, ОГРН: 1197746494373, дата присвоения ОГРН: 07.08.2019, ИНН: 9702004404, КПП: 770201001) по факту распространении рекламы посредством рекламных звонков.

Ходатайство Волгоградского УФАС России было удовлетворено (письмо ФАС России от 10.04.2020 исх. № АК/30207/20).

ООО «БутиКо» в письме от 16.03.2020 вх. № 2402 указало, что договор на распространение рекламы между ООО «БутиКо» и ООО «Максимум» не заключался. При этом Общество подтверждает, что ООО «БутиКо» заключались договоры, в том числе на размещение рекламы в различных источниках.

ООО «Максимум» в письме от 17.03.2020 вх. № 2452 указывает, что использует телефонный аппарат и компьютерный аудиоплеер для сообщения информации абоненту, акцентируя внимание, что в начале разговора включается установленный скрипт с предупреждением о распространении информации перед ее доведением до абонента. При этом сама запись (скрипт) в подтверждение своих доводов ООО «Максимум» представлена позднее в письме от 30.04.2020 вх. № 4187.

ООО «Максимум» считает, что информация, которая указана заявителем, не носит

рекламного характера, ссылается на отсутствие в доведенной информации объекта рекламирования, поскольку не указано конкретное мероприятие, не указана конкретная клиника, не приводится адрес клиники.

Также в письме от 30.04.2020 вх. № 4187 ООО «Максимум» настаивает, что информация, доведенная до сведения заявителя 08.12.2019, не является рекламой, поскольку не содержала данных о наименовании стоматологической клиники, ее местонахождении, контактных данных. Общество настаивает, что в рассматриваемом случае отсутствует определённый товар, предназначенный для продажи или иного введения в оборот, который можно индивидуализировать.

Относительно вопроса о получении согласия на распространение рекламы ООО «Максимум» указало на следующее:

- законодательством не закреплено конкретного способа получения согласия абонента, таким образом, как считает ООО «Максимум», такое согласие может получено устно;

- в использованном 08.12.2019 скрипте разговора согласие абонента получается от 2 до 3 раз на получение информации, не содержащей конкретный объект рекламирования;

- ООО «Максимум» настаивает, что абонент +7902..... как минимум 2 раза подтвердил свое согласие на получение информации.

Согласно представленному скрипту при осуществлении звонка абоненту оператор сообщает: «Здравствуйте! Моя информация будет актуальна для жителей города Волгограда. Вам сейчас удобно разговаривать?» При отрицательном ответе, оператор прощается. При этом, чтобы больше не получать сообщения информационного центра абонент должен нажать решётку на клавиатуре телефона (#).

При согласии абонента разговаривать в данный момент, до него доводится информация: «Замечательно. В ближайшие два дня у жителей Волгограда есть возможность пройти прием врача-стоматолога без оплаты. На данном приеме Вам проведут диагностику состояния зубов, при необходимости сделают рентгеновский и панорамный снимок, а также врач даст вам все рекомендации и в завершение сделает процедуру фторирования в подарок. Прием ведется в новой стоматологической клинике. Расположенной в центре города. Данная возможность предоставляется только для жителей Волгограда в возрасте от 35 до 70 лет. Скажите хотите записаться на бесплатный прием к стоматологу?»

При положительном ответе на вопрос осуществляется переключение на регистратуру.

Рассмотрев материалы дела № 034/05/18-617/2020, с учетом доводов сторон комиссия установила следующее.

В соответствии с п. 1 ст. 3 Закона о рекламе реклама - 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.

Под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации. 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.

Согласно п. 2 ст. 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.

В п. 3 ст. 3 Закона о рекламе под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Как указано в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 04.03.1997 № 4-П, реклама рассматривается законодателем как средство продвижения товаров, работ и услуг на общий рынок Российской Федерации.

Согласно Международному кодексу рекламной практики, под потребителем рекламы понимается любое лицо, которому адресована реклама или которого она может достичь, вне зависимости от того, является ли он конечным потребителем, торгующим субъектом или пользователем.

Экономической целью размещения рекламы для лица, осуществляющего производство, реализацию товара (работ, услуг), является продвижение и продажа товара (работ, услуг) оптовому покупателю и конечному потребителю.

Признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

Заявитель указал в своём заявлении, что посредством телефонного звонка получил 08.12.2019 в 14:58 с номера +7 925 697 6010 приглашение на бесплатное обследование, предложили соединить с регистратурой. Как указал заявитель, «несмотря на негативные ответы меня соединили с регистратурой клиники Ворлддент в Волгограде».

При этом сам заявитель рассматривает доведенную до него информацию в качестве рекламы, на распространение которой он не давал своего согласия.

В рассматриваемом случае доведенная до заявителя информация отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы:

- распространена посредством телефонной связи;

- адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из представленного ООО «Максимум» скрипта телефонного разговора однозначно следует отсутствие у сотрудника информационного центра сведений о получателе рекламного сообщения;

- направлена на привлечение внимания к рекламируемому товару – услугам (прием врача-стоматолога, диагностика, процедура фторирования и т.д.) стоматологической клиники «Worlddent» («... у жителей Волгограда есть возможность пройти прием врача-стоматолога без оплаты. На данном приеме Вам проведут диагностику состояния зубов, при необходимости сделают рентгеновский и панорамный снимок, а также врач даст вам все рекомендации и в завершение сделает процедуру фторирования в подарок. Прием ведется в новой стоматологической клинике. Расположенной в центре города...» /как указано в представленных ИП Чистяковым А.С. сценариях телефонного интервью (разговора) от 11.02.2020 и 30.03.2020/.

Отсутствие во вступительной части разговора сотрудника информационного центра с абонентом наименования и адреса конкретной клиники не доказывает отсутствие объекта рекламирования, поскольку как следует из п. 2 ст. 3 Закона о рекламе объектом рекламирования может выступать не только средство индивидуализации продавца или товара, но и сам товар (услуга), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

ООО «Максимум» считает, что согласие абонента на распространение спорной информации на номер его телефона было получено в ходе телефонного разговора до момента непосредственного доведения до его сведения рекламной информации путем утвердительного ответа на соответствующий вопрос оператора, доведившего до абонента такую информацию («Вам сейчас удобно разговаривать?»; «...Вас плохо слышно. Я могу продолжить?» и др. /как указано в представленном ООО «Максимум» скрипте).

В соответствии с ч. 1 ст. 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 в ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, поскольку в соответствии с ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе реклама признается распространенной без предварительного 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.

Рекламораспространитель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

Согласно п. 35 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) под электросвязью понимаются 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.

Абонент, согласно п. 1 ст. 2 Закона о связи - это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Исходя из правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в п. 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее - постановление Пленума № 58), согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

В связи с этим, согласие на получение рекламной информации по сетям электросвязи может быть получено в устной форме при соблюдении следующих условий: проведение идентификации абонента; согласие должно быть предварительным, то есть рекламная информация может быть озвучена только после получения согласия; формулировка на получение согласия должна быть однозначной недвусмысленной, позволяющей точно определить, что звонящий спрашивает согласие на доведение до абонента информации именно рекламного характера; формулировка на получение согласия должна предоставлять возможность абоненту изначально отказаться от получения (прослушивания) рекламной информации.

Вместе с тем, согласие абонента 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. При этом, в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламной информации, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной введением абонента в заблуждение относительно цели телефонного звонка.

Предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности, что недопустимо в контексте ч. 2 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Оценивая содержание телефонного разговора в указанной части, следует признать, что до абонента в рассматриваемом случае доводится информация относительно предстоящего распространения в его адрес именно рекламной информации, поскольку вопрос оператора, осуществляющего телефонный звонок,

сформулирован очень широко и обобщающе относительно актуальности информации для жителей города Волгограда.

С учетом вышеизложенного утвердительный ответ абонента на вопрос: «Вам сейчас удобно разговаривать?» не может быть истолкован как предоставление абонентом, в том числе заявителем, согласия на получение рекламы.

В связи с чем предварительное согласие на получение рекламной информации сотрудником информационного центра не было запрошено. Из представленного ООО «Максимум» скрипта разговора следует, что звонивший не обладал предварительным согласием абонента на распространение информации о деятельности клиники на момент осуществления звонка.

Сам заявитель настаивает, что не давал своего согласия на получение рекламы в рассматриваемой ситуации.

Кроме того, комиссия отмечает, что телефонный звонок на номер заявителя заведомо имел своей целью доведение рекламной, а не иной информации справочного или иного любого характера.

Также комиссия отмечает, что, как следует из представленного скрипта, четкий отказ абонента от прослушивания информации без нажатия решётки на клавиатуре телефона (#) не защищает абонента от получения вторичных звонков с предложением пройти обследование в клинике.

ООО «Максимум» не представлено доказательств получения предварительного согласия абонента получение предложения услуг клиники «Worlddent» в рекламных целях до самого факта совершения звонка и озвучивания предлагаемых услуг.

ООО «Максимум» не представило также доказательства прекращения распространения спорной рекламы на номер заявителя.

По смыслу ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе ее действие направлено на ограждение абонентов от нежелательных для них телефонных звонков (sms-сообщений, сообщений, передаваемых иным видом электросвязи) с рекламной информацией, на получение которой они не давали своего согласия, вне зависимости от того, под какую именно информацию такая реклама завуалирована ее распространителем с целью придания своим действиям видимости законности. При этом, даже указание на информационный характер передаваемого сообщения не отменяет его рекламного содержания и не освобождает распространяющее его лицо от обязанности по получению согласия абонента на распространение в его адрес именно рекламной информации, а не любой, обще и опосредованно связанной с объектом рекламирования.

В соответствии с п. 4 ст. 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Учитывая факт распространения на телефонный номер подателя жалобы информации рекламного характера и отсутствие бесспорных и объективных доказательств предоставления таким лицом своего согласия на ее распространение спорная реклама в настоящем случае является ненадлежащей, поскольку распространена с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Кроме того, комиссия обращает внимание, что представленный ООО «Максимум» скрипт, используемый операторами информационного центра не только в отношении заявителя по делу, не предполагает получения предварительного согласия на распространение рекламы.

В соответствии с п. 7 ст. 38 Закона о рекламе рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе.

Рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (п. 7 ст. 3 Закона о рекламе).

С учетом полученных в рамках рассмотрения дела сведений в рассматриваемом случае ООО «Максимум» выступило в качестве рекламодателя.

Согласно ч. 3 ст. 36 Закона о рекламе предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе выдается на основании решения антимонопольного органа о признании рекламы ненадлежащей и должно содержать указание о прекращении ее распространения.

Руководствуясь п. 2 ч. 1 ст. 33, ч. 1 ст. 36 Закона о рекламе и в соответствии с п.п. 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу услуг стоматологической клиники «Worlddent», распространяемую ООО «Максимум» посредством телефонных звонков, в том числе 08.12.2019 с номера +7 925 697 6010 на телефон заявителя (+ 7 902), ненадлежащей, нарушающей требования ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

2. Выдать ООО «Максимум» (129090, Москва пл. Сухаревская М., д. 3, АН/П/К/О 1/III/2/46, ОГРН: 1197746494373, дата присвоения ОГРН: 07.08.2019, ИНН: 9702004404, КПП: 770201001) предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе .

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Волгоградского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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