

//

//

//

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 025/05/18-558/2020

5 июня 2020 года

г. Владивосток

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Приморскому краю (далее - Приморское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

председатель Комиссии: // - заместитель руководителя - начальник отдела контроля торгов;

члены Комиссии: – // – начальник отдела контроля антимонопольного законодательства и рекламы; // – ведущий специалист-эксперт отдела контроля антимонопольного законодательства и рекламы, рассмотрев 05.06.2020 дело № 025/05/18-558/2020, возбужденное в отношении граждан /./, //./, (далее также - Ответчики) по факту распространения рекламной информации с признаками нарушения требований Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»),

в отсутствии сторон по делу

УСТАНОВИЛА:

23.03.2020 в Приморское УФАС России, поступило заявление гражданина // (вх. № 2138) (далее также – Заявитель) относительно получения им, без предварительного согласия, рекламной информации, путем поступления на его мобильный телефон нежелательных звонков, что противоречит требованиям части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В частности, на мобильный телефон +7 9241372265, поступили рекламные звонки, следующего содержания:

- 04.03.2020 в 12:54 с телефонного номера +79241362972:

«- Здравствуйте! Стоматологическая клиника Владивостока проводит без оплаты диагностику полости рта с консультацией врача стоматолога и делает томографию всех зубов и корней. Если Вам от 26 лет, и Вы хотите услышать подробности, нажмите любую цифру».

- 22.03.2020 в 7:47 с телефонного номера +79241313859 аналогичный звонок с вышеуказанным содержанием.

В соответствии с частью 1 статьи 33 ФЗ «О рекламе», 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.

Согласно пункту 3 статьи 3 ФЗ «О рекламе» товар - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

В соответствии с частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», распространение рекламы по сетям электросвязи допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

При этом, реклама признается распространённой без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

Своего согласия на получение рекламной информации по поступившим телефонным звонкам // не давал.

Из информации представленной ПАО «Мегафон» (вх. № 3220 от 21.04.2020) следует, что телефонный номер <...> , с которого поступил звонок, принадлежит // на основании договора об оказании услуг связи № GF0138410049 от 18.03.2020. Телефонный номер <...> , с которого также поступил телефонный звонок Заявителю, принадлежит // на основании договора об оказании услуг связи № GF0131155140 от 27.01.2020.

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе», ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несет рекламодатель.

В рассматриваемом случае рекламодателями являются – граждане //., //.

Определением Приморского УФАС России от 16.04.2020 (исх. № 3623/06-3 от 06.05.2020) в отношении граждан //., // . было возбуждено дело № 025/05/18-558/2020 по признакам нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Вышеуказанное определение, направленное в адрес граждан //., // . было ими получено (внутрироссийские почтовые идентификаторы №№ 69009047091388 и 69009047091203).

28.05.2020 Приморским УФАС России были получены возражения по делу № 025/05/18-558/2020 (вх. № 4382) в которых, граждане //., // . не согласны с вменяемым нарушением, считая, что текст звонка не отвечает понятию рекламы, закрепленному в пункте 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе», поскольку не содержит каких-либо сведений об объектах рекламирования, то есть отсутствует сам объект рекламирования: наименование стоматологической клиники, ее местонахождение, контактный телефон, то есть отсутствует определенный товар, предназначенный для продажи и иного ведения в оборот, который можно индивидуализировать, выделить из однородной группы товаров, там самым отсутствует сам факт наличия правонарушения.

Как полагают //., //., распространенная на телефон информация в соответствии с пунктом 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» не является рекламой и, следовательно, не распространяется на ФЗ «О рекламе». Считая, что объектом рекламирования может быть тот товар, который можно индивидуализировать, выделить среди группы товаров. Ссылаясь при этом на письмо ФАС России от 27.12.2017 № АК/92163/17, в котором указано, что информация, не содержащая указания на объект рекламирования, к которому направлено внимание и формируется интерес, не признается рекламой.

//., // . в своих пояснениях указали, что в соответствии с пунктом 2 Постановления пленума Высшего Арбитражного суда Российской

Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», при анализе информации на предмет наличия в ней признаков рекламы судам необходимо учитывать, что размещение отдельных сведений, очевидно вызывающих у потребителя ассоциацию с определенным товаром, имеющее своей целью привлечение внимания к объекту рекламирования, должно рассматриваться как реклама этого товара, поскольку в названных случаях для привлечения внимания и поддержания интереса к товару достаточно изображения части сведений о товаре (в том числе товарного знака).

Считая, что объектом рекламирования может выступать товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие, на привлечение внимания к которым направлена реклама, и в силу статьи 3 ФЗ «О рекламе» товар выступает продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Согласно пункту 1 статьи 455 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) товаром по договору купли-продажи могут быть любые вещи, не изъятые из оборота.

Согласно пункту 3 статьи 455 ГК РФ, условия договора купли-продажи товара считается согласованным, если договор позволяет определить наименование и количество товара.

Считая, что объектом рекламирования может быть тот товар, предназначенный для продажи и иного введения в гражданских оборот, который можно индивидуализировать, выделить среди группы товаров, и ссылаясь на пункт 2 письма ФАС России от 27.12.2017 № АК/92163/17 «О разграничении понятий вывеска и реклама» //., // в письменном возражении указывают на то, что информация, не содержащая указания на объект рекламирования, к которому направлено внимание и формируется интерес, не признаётся рекламой.

Ответчики, проанализировав текст звонка, полагают, что указанная в нем информация не отвечает понятию рекламы, закрепленная в статье 3 ФЗ «О рекламе», поскольку не содержит каких-либо сведений об объектах рекламирования, то есть отсутствует сам объект рекламирования, а именно: наименования стоматологической клиники, ее местонахождение, контактный телефон, то есть отсутствует определенный товар, предназначенных для продажи и иного введения в оборот, который можно индивидуализировать, выделить из однородной группы товаров. Таким образом, Ответчики считают, что поступившая на телефон Заявителя информация не является рекламой и на нее не

распространяется требования пункта 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе». Соответственно отсутствует событие правонарушения.

Также //., //.. в своих пояснениях сослались на имеющуюся практику дел по Хабаровскому УФАС России от 12.07.2019, Краснодарскому краю № 023/05/18-1240/2019 от 17.10.2019 и Кабардино-Балкарской Республики № 007/05/18-521/2019 от 14.01.2020, в которых, как утверждают Ответчики, предварительного согласия от физического лица на получение рекламы аналогичного характера не предоставлялось, однако дела были прекращены в связи с отсутствием объекта рекламирования.

К своим письменным возражениям Ответчики по делу приложили решение Красноярского УФАС России по делу № 023/05/5-683/2019 от 17.10.2019.

05.06.2020 на заседании Комиссии Ответчики по делу не явились.

Комиссия установила, что при выражении согласия на получение телефонного сообщения, оператор (программа) автоматически переключает на регистратуру конкретизированной клиники - ООО «Ворлд Дент» (далее также – Общество), в которой после администратор осуществляет запись на предоставленную Обществом услугу в конкретную дату и время.

По имеющийся в Приморском УФАС России информации //.. (с телефонного номера которого был осуществлен телефонный звонок Заявителю) являлся директором ООО «Ворлд Дент» (стоматологическая клиника города Владивостока) до 28.04.2020 (согласно странице 3 выписки из ЕГРЮЛ).

Комиссия, изучив решения о прекращении производств по делам Красноярского УФАС России № 023/05/5-683/2019 от 17.10.2019, по Хабаровскому УФАС России от 12.07.2019, Краснодарскому краю № 023/05/18-1240/2019 от 17.10.2019 и Кабардино-Балкарской Республики № 007/05/18-521/2019 от 14.01.2020, приложенные к письменным возражениям отмечает, что производства по вышеуказанным делам были прекращены по ином основаниям, нежели указанным в настоящем деле. В связи с этим, довод Ответчиков Комиссия считает не состоятельным в силу следующего.

Исследовав и оценив имеющиеся в материалах дела № 025/05/18-558/2020 телефонные звонки от //., //.., установлено, что объектом рекламирования являются медицинские услуги - диагностика полости рта с консультацией врача стоматолога и томография всех зубов и корней в стоматологической клиники города Владивостока. В данном случае – конкретной стоматологической клиники ООО «Ворлд Дент». Ведь оператор (программа) переключает Заявителя в конкретную клинику, в

которой предлагаются вышеназванные услуги. В связи с этим, распространяемая информация является рекламой.

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

Согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно предоставил такое согласие.

Согласия Заявителя на получение рекламных телефонных аудиозвонков на стоматологические услуги, в материалы дела № 025/05/18-558/2020
Ответчики по делу не представили.

Таким образом, Комиссия, считает, что реклама, распространялась, без предварительного согласия абонента, тем самым, с нарушением требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», где //., //. являются рекламораспространителями.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» под рекламой понимается 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.

Из пункта 2 статьи 3 ФЗ «О рекламе» следует, что объектом рекламирования является товар, либо услуга, 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 части 1 статьи 18 ФЗ «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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В соответствии с частью 3 статьи 36 ФЗ «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 пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе», в соответствии с пунктом 3.58 Административного регламента ФАС России по исполнению государственной функции по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (Приказ ФАС России от 23.11.2012 № 711/12), а также руководствуясь пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссия,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространяемую посредством телефонных звонков с предложением оказания стоматологических услуг, а именно: диагностики полости рта с консультацией врача стоматолога и томографии всех зубов и корней, с телефонных номеров +79241362972, +79241313859 принадлежащих //., //., поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».
2. Выдать обязательное для исполнения предписание //., // о прекращении нарушения требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, ответственность за которые предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 19.06.2020.

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

Председатель Комиссии

//

Члены Комиссии

//

//