

АО «ЭР-Телеком Холдинг»

Космонавтов ш., д. 111, к. 43

Пермский край, г. Пермь, 614990

ПАО «ВымпелКом»

ул. 8 Марта, д. 10, стр. 14

г. Москва, 127083

ПАО «Мегафон»

Оружейный переулок, д. 41

г. Москва, 127006

ЗАО «Пауэр Телеком»

Трёхпрудный пер., д.11/13 стр.2, пом.III, ком.1

г. Москва, 123001

<...>

<...>

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-15864/2021

Резолютивная часть оглашена «05» апреля 2022 года

г. Москва

В полном объеме изготовлено « » апреля 2022 года

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: И.С. Гудковой,

членов Комиссии: Т.А. Шиловой, М.А. Шипицыной,

рассмотрев дело № 077/05/18-15864/2021, возбужденное в отношении АО «ЭР-Телеком Холдинг» (ИНН 5902202276, ОГРН 1065902028620), ПАО «Мегафон» (ИНН 7812014560, ОГРН 1027809169585), ЗАО «Пауэр Телеком» (ИНН 7710892904, ОГРН 1117746548534), <...> частей 1, 2 статьи 18 по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством следующего телефонного звонка:

«Здравствуйтесь. В честь открытия нового физкультурно-оздоровительного центра семейного здоровья в центре Москвы дарим Вам сертификат на 5 дней бесплатного посещения оздоровительных программ нашего центра...», поступившей 06.06.2021 в 11:58 с телефонного номера +7 (965) 150-60-80, с признаками нарушения частей 1, 2 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, с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозванивания, автоматической рассылки),

в присутствии представителя АО «ЭР-Телеком Холдинг», представителя ПАО «Мегафон» (посредством видеоконференцсвязи),

в отсутствие ПАО «ВымпелКом», ЗАО «Пауэр Телеком», <...>

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-21340/2021 возбуждено в отношении АО «ЭР-Телеком Холдинг», ПАО «Мегафон», ЗАО «Пауэр Телеком», <...> на основании заявления физического лица и материалов по факту распространения посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы:

«Здравствуйтесь. В честь открытия нового физкультурно-оздоровительного центра семейного здоровья в центре Москвы дарим Вам сертификат на 5 дней бесплатного посещения оздоровительных программ нашего центра...», поступившей 06.06.2021 в 11:58 с телефонного номера +7 (965) 150-60-80.

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.

Согласно материалам дела спорная реклама на номер телефона <...> поступила 06.06.2021 в 11:58 с телефонного номера +7 (965) 150-60-80.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается аудиозаписью телефонного разговора, содержащей текст рассматриваемого звонка, а также детализированной выпиской, представленной заявителем.

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 — любое 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 обобщённый 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 неопределённого круга лиц и являются рекламой.

В распространённой рекламе отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространённая 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.

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

Данная информация направлена на привлечение внимания к услугам физкультурно-оздоровительного центра, имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и их продвижению.

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 воспользоваться медицинскими услугами, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, на основании вышеизложенного, Комиссия установила, что информация, распространённая посредством осуществления на номер телефона <...> телефонного звонка, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством телефонного звонка; адресована неопределённому 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 признаётся распространённой 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 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 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 рекламодателя.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы он не давал. Доказательств обратного в материалах дела не представлено.

Комиссия считает необходимым отметить, что в контексте именно телефонных звонков статьей 18 Закона о рекламе очевидно разграничены два способа получения рекламы абонентом по сетям электросвязи.

Первый способ исходит из частей 1 и 2 статьи 18 Закона о рекламе и предполагает, что рекламодатель сам инициирует взаимодействие с абонентом или адресатом, при этом такая инициация разрешена лишь если потребитель заранее выразил желание получать рекламу от конкретного рекламодателя.

Второй способ регулируется частями 3 и 4 статьи 18 Закона о рекламе, при которых абонент сам осуществляет действия, направленные на взаимодействие с рекламодателем, и в данном случае согласия абонента на получение рекламы не требуется, а необходимо лишь выполнить определенные условия (после сообщения запрашиваемой справки, бесплатно и т. п.).

Такое особое законодательное регулирование распространения рекламы одним из способов связи (телефонное соединение), постановка такого регулирования в прямую зависимость от субъекта, непосредственно инициирующего

взаимодействие (рекламораспространитель или абонент), свидетельствует о вышеуказанной цели регулирования части 1 статьи 18 Закона о рекламе — недопустимости совершения самого телефонного звонка, призванного привлечь внимание к объекту рекламирования.

Более того, согласно пункту 2 Правил оказания услуг телефонной связи, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 09.12.2014 № 1342, под телефонным соединением понимается установленное в результате вызова взаимодействие между средствами связи, позволяющее абоненту и (или) пользователю услуг телефонной связи передавать и (или) принимать голосовую и (или) не голосовую информацию.

Исходя из вышеизложенного следует, что в случае, когда взаимодействие инициируется рекламораспространителем, моментом начала распространения посредством телефонного звонка рекламной информации является момент поступления телефонного звонка на телефонный номер абонента, а не момент непосредственного оглашения рекламной информации абоненту. Более того, рекламораспространитель и не ставит себе иной конечной цели кроме как сформировать интерес к товару (работе, услуге).

Обязанность рекламораспространителя предварительно получить согласие абонента на получение рекламы предполагает совершение им действий, направленных на получение согласия абонента, до начала распространения рекламы по сетям электросвязи, т. е. в случае с распространением рекламы посредством телефонного звонка до поступления телефонного звонка на телефонный номер абонента.

Таким образом, в полной мере реализуется цель законодателя оградить абонентов от нежелательных звонков, осуществляемых в рекламных целях, в целом, а не только от дальнейшего прослушивания рекламной информации после выражения отказа.

Более того, распространение рекламной информации посредством сетей электросвязи (телефонного звонка) предполагает со стороны рекламораспространителя определение абонентов, которым должен быть совершен телефонный звонок.

При этом, исходя из части 1 статьи 18 Закона о рекламе согласие на получение рекламы должно быть получено именно от абонента телефонного номера.

Более того, как было указано выше, согласие абонента должно быть выражено в форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

Таким образом, не имея данных об абоненте, которому выделен телефонный номер, лицо, осуществляющее распространение рекламы, не имело возможности удостовериться в том, что собеседником в телефонном разговоре является именно владелец телефонного номера, а не какое-либо иное лицо, а равно, что абонент желал поступление такого телефонного звонка.

Следовательно, доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы сторонами по делу не представлено, а умолчание абонента (непредставление

оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Исходя из вышеизложенного, в рассматриваемом случае рекламодатель не имел предварительного согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи.

В соответствии с частью 2 статьи 18 Закона о рекламе не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

То есть, для целей выявления нарушения требования 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» антимонопольным органам необходимо установить факт того, что:

- в ходе осуществления звонка абоненту или направления ему сообщения использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозвонивание и автоматическая рассылка);

- осуществление такого звонка абоненту или направление ему такого сообщения осуществлялось для распространения рекламы.

В соответствии с Письмом ФАС от 26.12.2019 № ДФ/114009/19 «О применении части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» запись телефонного разговора, предоставленная абонентом антимонопольному органу, содержащая в начале такого разговора воспроизведенный абоненту заранее записанный аудиофрагмент, представляющий собой последовательность звуков и/или речь человека (автоматизированная запись), позволяет сделать вывод о том, что в ходе осуществления такого звонка абоненту использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозвонивание). Такие обстоятельства могут рассматриваться антимонопольными органами как нарушение рекламодателем требований части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Под запрет, установленный в части 2 статьи 18 Закона о рекламе, подпадают как случаи, когда выбор абонента (абонентского номера) осуществляется не человеком, а техническим устройством, программой, компьютером, машиной, так и случаи, когда набор такого номера осуществляется автоматически, без участия человека (даже если выбор абонентов был произведен человеком).

В данном случае, когда абонент отвечал на входящий вызов, ему транслировалась запись голоса, содержащая текст рекламного сообщения.

Таким образом, из представленной в адрес Московского УФАС России следует, что рассматриваемый звонок совершен с помощью автоматического набора номера и дальнейшего озвучивания рекламного сообщения, предварительно записанного либо созданного с помощью компьютерных программ, а равно звонок с сообщением рекламного характера совершен без участия человека.

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

Таким образом, реклама, распространенная на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка:

«Здравствуйте. В честь открытия нового физкультурно-оздоровительного центра семейного здоровья в центре Москвы дарим Вам сертификат на 5 дней бесплатного посещения оздоровительных программ нашего центра...», поступившей 06.06.2021 в 11:58 с телефонного номера +7 (965) 150-60-80, с нарушением частей 1, 2 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.

В ответ на запрос Московского УФАС России ПАО «Вымпелком» сообщило, что телефонный звонок был совершен с подстановкой телефонного номера +7-965-150-60-80. В результате дополнительной проверки, проведенной ПАО «ВымпелКом», было установлено, что 06.06.2021 в 11:58 входящий голосовой вызов на абонентский номер +7-926-457-15-71 поступил из сети оператора связи ПАО «Мегафон».

В ответ на запрос Московского УФАС России ПАО «Мегафон» сообщило, что телефонный звонок с номера +7-965-150-60-80 поступил в сеть ПАО «МегаФон» от оператора АО «ЭР-Телеком Холдинг» и был перенаправлен в сеть ПАО «ВымпелКом», в данном случае вызов прошел через сеть ПАО «Мегафон» транзитом. Подстановки номера в сети ПАО «МегаФон» не производилось.

АО «ЭР-Телеком Холдинг» в материалы дела представлены письменные пояснения, согласно которым по данным автоматизированной системы расчета АО «ЭР-Телеком Холдинг» телефонный звонок с номера +7 (965) 150-60-80 поступил в сеть АО «ЭР-Телеком Холдинг» из сети ООО «ГАРС Телеком-УТ» по договору о взаимодействии сетей электросвязи № Х-83949 от 10.04.2014 и передан транзитом в ПАО «Мегафон».

АО «ЭР-Телеком Холдинг» обратило внимание, что спорный телефонный звонок совершен 06.06.2021, а 29.07.2021 ООО «ГАРС Телеком-УТ» реорганизовано путем присоединения к ПАО «Мегафон».

ПАО «Мегафон» сообщило, что спорный телефонный звонок поступил из ЗАО «Пауэр Телеком» и по сети ООО «ГАРС Телеком-УТ» прошел в АО «ЭР-Телеком Холдинг».

ЗАО «Пауэр Телеком» сообщило, что спорный телефонный звонок с использованием телефонного номера +7 (965) 150-60-80 совершил Т <...>. ЗАО «Пауэр Телеком» пояснило, что между <...> и ЗАО «Пауэр Телеком» заключен договор об оказании услуг связи № <...> от 26.05.2021.

Комиссия приходит к выводу, что распространителем спорного телефонного

звонка является <...> Доказательств обратного в материалы дела не представлено.

На основании изложенного <...> является рекламодателем рекламы следующего содержания:

«Здравствуйтесь. В честь открытия нового физкультурно-оздоровительного центра семейного здоровья в центре Москвы дарим Вам сертификат на 5 дней бесплатного посещения оздоровительных программ нашего центра...», поступившей 06.06.2021 в 11:58 с телефонного номера +7 (965) 150-60-80.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях <...> установлено нарушение частей 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка рекламы следующего содержания:

«Здравствуйтесь. В честь открытия нового физкультурно-оздоровительного центра семейного здоровья в центре Москвы дарим Вам сертификат на 5 дней бесплатного посещения оздоровительных программ нашего центра...», поступившей 06.06.2021 в 11:58 с телефонного номера +7 (965) 150-60-80, без предварительного согласия абонента на получение рекламы, с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее — Правила), 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.

Согласно пункту 54 Правил добровольное устранение лицом (лицами) совершенного нарушения является основанием для антимонопольного органа не выдавать предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Из материалов дела следует, что распространение спорной рекламы носило единичный характер, сведения о продолжении распространения рекламы <...> с нарушением частей 1, 2 статьи 18 закона о рекламе в Московском УФАС России отсутствуют.

На основании изложенного Комиссия приходит к выводу о нецелесообразности выдачи предписаний лицам, в чьих действиях установлено нарушение положений Закона о рекламе. При этом, в случае выявления новых фактов распространения <...> рекламы с нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе заявитель не лишен возможности подать в антимонопольный орган новое заявление.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 42-47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской

РЕШИЛА:

1. Признать <...> нарушившим части 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания:

«Здравствуйте. В честь открытия нового физкультурно-оздоровительного центра семейного здоровья в центре Москвы дарим Вам сертификат на 5 дней бесплатного посещения оздоровительных программ нашего центра...», поступившей 06.06.2021 в 11:58 с телефонного номера +7 (965) 150-60-80, без предварительного согласия абонента на ее получение, с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозванивания, автоматической рассылки).

2. Прекратить рассмотрение по делу № 077/05/18-15864/2021 в отношении АО «ЭР-Телеком Холдинг», ПАО «Мегафон», ЗАО «Пауэр Телеком».

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении 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<...>

Члены Комиссии <...>

<...>

<...>