РЕШЕНИЕ

по делу № 043/05/18-740/2020

г. Киров

Резолютивная часть решения оглашена 01 декабря 2020 года

В полном объеме решение изготовлено 02 декабря 2020 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

Председателя Комиссии:

<...> – руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области;

Членов Комиссии:

<...> – начальника отдела финансовых рынков и рекламы Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области,

<...> – специалиста 1 разряда отдела финансовых рынков и рекламы Управления Федеральной антимонопольной службы по Кировской области,

рассмотрев материалы дела № 043/05/18-740/2020, возбужденного по признакам нарушения ООО «МАРКЕТИНГБИЗНЕС» ч. 1, 2 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 N 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Федеральный закон «О рекламе»), по факту распространения 10.06.2020 в 12:53 по телефонной связи посредством автоматического дозванивания с номера +7920<...> на абонентский номер <...> <...> рекламной информации следующего содержания: *«Здравствуйте, хотите попасть ко врачу косметологу, улучшить цвет лица, омолодить кожу, нормализовать поры, вернуть природное здоровье? Вы по адресу! Запись ведется в ближайшие пять дней. Для записи на консультацию нажмите «1». Хотите узнать подробности? Нажмите «2». Спасибо, за внимание»* в отсутствие согласия абонента на её получение,

в отсутствие:

заявителя – физического лица,

представителя лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе, – ООО «МАРКЕТИНГБИЗНЕС» (далее – ООО «МБ», Общество),

УСТАНОВИЛА:

в Управление Федеральной антимонопольной службы по Кировской области поступило обращение физического лица от 23.06.2020 (вх. № 4287 от 23.06.2020) по вопросу получения 20.06.2020 в 12:53 на абонентский номер <...> <...> звонка посредством автоматического дозванивания с рекламной информацией следующего содержания: *«Здравствуйте, хотите попасть ко врачу косметологу, улучшить цвет лица, омолодить кожу, нормализовать поры, вернуть природное здоровье? Вы по адресу! Запись ведется в ближайшие пять дней. Для записи на консультацию нажмите «1». Хотите узнать подробности? Нажмите «2». Спасибо, за внимание»* с номера +7920<...>, в отсутствие согласия на её получение.

По факту распространения вышеназванной рекламы по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента посредством автоматического дозванивания определением от 12.08.2020 было возбуждено дело № 043/05/18-740/2020 в отношении ООО «МБ» по признакам нарушения ч. 1, 2 ст. 18 Федерального закона «О рекламе». Рассмотрение дела назначено на 10.09.2020.

Определением от 10.09.2020 рассмотрение дела было отложено на 08.10.2020 в связи с необходимостью надлежащего уведомления ответчика и заявителя о дате, месте и времени рассмотрения дела № 043/05/18-740/2020, а также получения сведений и документов, запрошенных у ООО «МБ».

Определением от 08.10.2020 рассмотрение дела отложено на 01.12.2020 в связи с необходимостью надлежащего уведомления ответчика о дате, месте и времени рассмотрения дела № 043/05/18-740/2020, а также получения сведений и документов, запрошенных у ООО «МБ».

На заседание комиссии, состоявшееся 01.12.2020, заявитель – физическое лицо, надлежащим образом извещенный о дате, времени и месте рассмотрения дела, на рассмотрение дела не явился, представителя не направил, ходатайств не заявлял.

Ответчик – ООО «МБ», надлежащим образом извещенный о дате, времени и месте рассмотрения дела, не явился, представителя не направил, ходатайств не заявлял, запрошенные документы не представил.

Комиссия Кировского УФАС России, рассмотрев материалы дела, пришла к следующим выводам.

Установлено, что 20.06.2020 в 12:53 с номера +7920<...> на абонентский номер заявителя +7921<...> поступил телефонный звонок посредством автоматического дозванивания с рекламой косметологических услуг в

отсутствие согласия абонента на ее получение.

Заявителем в антимонопольный орган были представлены следующие документы и сведения:

- согласие на обработку персональных данных, что дает Кировскому УФАС России правовые основания для получения необходимой информации от оператора мобильной связи заявителя;

- запись поступившего телефонного звонка, подтверждающая поступление нежелательной рекламной информации на абонентский номер <...> <...> с номера +7920<...>, следующего содержания: *«Здравствуйте, хотите попасть ко врачу косметологу, улучшить цвет лица, омолодить кожу, нормализовать поры, вернуть природное здоровье? Вы по адресу! Запись ведется в ближайшие пять дней. Для записи на консультацию нажмите «1». Хотите узнать подробности? Нажмите «2». Спасибо, за внимание»* (длительность записанного телефонного звонка 0:24 сек.);

- детализация входящих телефонных звонков абонента с номером +7921<...> за 20.06.2020, подтверждающая поступление звонка 18.06.2020 в 12:53:26 с номера +7920<...>.

Факт принадлежности абонентского номера +7921<...> заявителю также подтверждается документами и сведениями, представленными оператором связи ПАО «Мегафон».

Таким образом, при возбуждении дела № 043/05/18-740/2020 Управлением Федеральной антимонопольной службы по Кировской области была учтена специфика надлежащих доказательств при выявлении нарушения ч. 1, 2 ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с п. 1 ст. 3 Федерального 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 Федеральному 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 Федерального закона «О рекламе», 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.

В соответствии с п. 3 ст. 3 Федерального 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 N 4-П, реклама рассматривается законодателем как средство продвижения товаров, работ и услуг на общий рынок Российской Федерации.

Согласно Международному кодексу рекламной практики, принятому Международной торговой палатой в 1937 г., 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.

Аудиозапись информации, поступившей на номер телефона абонента +7921<...> следующего содержания: *«Здравствуйте, хотите попасть ко врачу косметологу, улучшить цвет лица, омолодить кожу, нормализовать поры, вернуть природное здоровье? Вы по адресу! Запись ведется в ближайшие пять дней. Для записи на консультацию нажмите «1». Хотите узнать подробности? Нажмите «2». Спасибо, за внимание»* содержит все юридически значимые признаки рекламы:

- распространена по сетям электросвязи, а именно по телефонной связи посредством автоматического дозванивания (в ходе осуществления звонка абоненту использовались средства набора абонентского номера без участия человека) на номер телефона +7921<...>;

- адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из содержания вышеуказанной аудиозаписи не ясно, для кого именно создано данное сообщение (предложение) и на восприятие кого данное сообщение направлено – тем лицам, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта

рекламирования (неперсонифицированный характер телефонного звонка);

- направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования: косметологическим услугам, формированию интереса к ним, продвижению на рынке при помощи указания на предоставление привлекательных услуг («улучшить цвет лица» «омолодить кожу», «нормализовать поры», «вернуть природное здоровье»).

Таким образом, вышеуказанная информация содержит все признаки рекламы, перечисленные в п. 1 ст. 3 Федерального закона «О рекламе», является рекламой и на такую информацию, а также на порядок ее размещения распространяются положения Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с ч. 1 ст. 18 Федерального 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 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.

Согласно п. 35 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 N 126-ФЗ «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.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в п. 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал следующее: «Согласно части 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 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 Федеральный закон «О рекламе» не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя».

Таким образом, обязанность доказывания наличия предварительного согласия абонента на получение рекламы возложено на рекламораспространителя – ООО «МБ».

Согласно информации, представленной в заявлении физического лица от 23.06.2020 (вх. № 4287 от 23.06.2020), абонент своего согласия на получение рекламных звонков на номер +7921<...> с номера +7920<...> не давал.

В ходе рассмотрения дела № 043/05/18-740/2020 запросом от 09.07.2020 исх. № 3856/04, запросом от 24.07.2020 исх. № 4198/04, а также определением от 12.08.2020 исх. № 4561/04, определением от 10.09.2020 исх. № 5073/04, определением от 08.10.2020 исх. № 5497/04 у Общества запрашивались документы и сведения, необходимые для полного и всестороннего рассмотрения дела, в том числе запрашивались документы, подтверждающие наличие у ООО «МБ» согласия владельца абонентского номера +7921<...> на получение вышеуказанной рекламы с номера +7920<...>.

На дату вынесения решения по делу в материалах дела не имеется документальных подтверждений, свидетельствующих о наличии у Ответчика согласия абонента на получение рекламной информации о косметологических услугах с использованием телефонной связи с номера +7920<...>.

Таким образом, распространение вышеуказанной рекламной информации заявителю без соответствующего согласия на распространение такой информации нарушает ч. 1 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», предусматривающей однозначный запрет на распространение рекламы при отсутствии согласия абонента.

В соответствии с ч. 2 ст. 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).

Из содержания записи телефонного разговора, произведенной 20.06.2020 в 12:53 между номерами +7921<...> и +7920<...> и представленной заявителем в обращении от 23.06.2020 (вх. № 4287 от 23.06.2020) следует, что телефонный звонок, целью которого является распространение рекламы косметологических услуг, совершен при помощи средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозванивание), о чем свидетельствует воспроизведение абоненту заранее записанного аудиофрагмента, представляющего собой речь человека (автоматизированная запись), а также предложение осуществления определенной команды путем нажатия определенной клавиши в тональном режиме телефона («Для записи на консультацию нажмите «1». Хотите узнать подробности? Нажмите «2»).

Таким образом, вышеуказанная реклама косметологических услуг нарушает требования ч. 2 ст. 18 Федерального закона «О рекламе», поскольку распространяется посредством автоматического дозванивания.

В соответствии с ч. 7 ст. 38 Федерального закона «О рекламе» ответственность за нарушение требований законодательства РФ о рекламе по ч. 1, 2 ст. 18 Федерального закона «О рекламе» несет рекламораспространитель.

Согласно п. 7 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» под рекламораспространителем понимается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Согласно информации, представленной ПАО «Мегафон» письмом исх. № <...> (вх. № 5441 от 04.08.2020), абонентский номер <...> <...>, с которого был совершен указанный звонок, выделен ООО «МАРКЕТИНГБИЗНЕС» (ИНН: 3702214200, ОГРН: 1193702004210), что подтверждается договором об оказании услуг связи № <...> от 29.11.2019 и приложением к нему со списком абонентских номеров в редакции 26.05.2020.

Исходя из имеющихся в материалах дела документов, а также способа распространения рекламной информации Комиссия Кировского УФАС России приходит к выводу, что рекламораспространителем вышеуказанной рекламы, исходя из понятия, установленного ст. 3 Федерального закона «О рекламе», является ООО «МАРКЕТИНГБИЗНЕС» (ИНН: 3702214200, ОГРН: 1193702004210), которое несет ответственность за нарушение требований ч. 1, 2 ст. 18 Федерального закона «О рекламе».

Порядок выдачи антимонопольным органом предписаний о прекращении нарушения требований законодательства Российской Федерации о рекламе установлен Правилами рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508 (далее – Правила).

Согласно пункту 44 Правил при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу, обязанному устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Поскольку на момент вынесения решения в материалах дела не имеется документального подтверждения добровольного устранения нарушений рекламного законодательства, Комиссия Кировского УФАС России решила выдать ООО «МБ» предписание о прекращении нарушения рекламного законодательства.

В соответствии с ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Комиссия считает необходимым передать материалы уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении ООО «МАРКЕТИНГБИЗНЕС» и его должностного лица.

Руководствуясь п. 2 ч. 1 ст. 33, ч. 1 ст. 36, ст. 38 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 - ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 37 – 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.08.2006 № 508, Комиссия Кировского УФАС России

Р Е Ш И Л А:

1. Признать ненадлежащей рекламу следующего содержания: *«Здравствуйте, хотите попасть ко врачу косметологу, улучшить цвет лица, омолодить кожу, нормализовать поры, вернуть природное здоровье? Вы по адресу! Запись ведется в ближайшие пять дней. Для записи на консультацию нажмите «1». Хотите узнать подробности? Нажмите «2». Спасибо, за внимание»*, распространявшуюся по телефонной связи посредством автоматического дозванивания 20.06.2020 в 12:53 с номера +7920<...>на абонентский номер <...> <...> в отсутствие согласия абонента на её получение, поскольку она противоречит требованиям ч. 1, 2 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 - ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «МАРКЕТИНГБИЗНЕС» (ИНН: 3702214200, ОГРН: 1193702004210) предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

административных правонарушениях, в отношении ООО «МАРКЕТИНГБИЗНЕС» (ИНН: 3702214200, ОГРН: 1193702004210) и его должностного лица.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, в суд общей юрисдикции в порядке, предусмотренном ст. 219 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации.

Председатель Комиссии

Члены Комиссии