РЕШЕНИЕ

по делу № 18-Р-2018

22 августа 2018 г. г. Чебоксары

Резолютивная часть решения оглашена 09 августа 2018 года.

Решение в полном объеме изготовлено 22 августа 2018 года.

Комиссия Чувашского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения Федерального закона от 13.06.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Комиссия) в составе: председатель Комиссии: «…» члены Комиссии:
«…» рассмотрев дело № 18-Р-2018, возбужденное в отношении ООО "ГАРТЕЛ" (ИНН 5032209124, юридический адрес: г. Москва, Спартаковская площадь, дом 14, стр.3, этаж 2 комн.4), в связи с распространением рекламы с признаками нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе,
в отсутствие Заявителя, извещенного о дате и времени надлежащим образом; в отсутствие лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения Закона о рекламе - представителя ООО "ГАРТЕЛ" извещенного о дате и времени надлежащим образом; в отсутствие заинтересованного лица - представителя ПАО "Вымпел Ком" по ходатайству о рассмотрении дела без его участия (вх. от 02.08.2018 № 04-10/4685),

УСТАНОВИЛА:

18.04.2018 (вх. № 04-21/2474) из ФАС России в адрес Чувашского УФАС России поступило заявления гр. «…» (далее - Заявитель) по факту поступления 16.04.2018 в 17 час. 10 мин. на номер телефона сотовой связи Заявителя, без получения его предварительного согласия, входящего вызова с абонентского номера «…» следующего содержания:

«Здравствуйте, «…»! «…» меня зовут, компания (название компании, из представленной заявителем записи, на слух не определяется). Вам удобно сейчас разговаривать? «…»! Звоню Вам, собственно, на тему дополнительного дохода в сфере крипто валюты».

Поступление Заявителю данного звонка, с указанной информацией, подтверждается представленной электронной записью телефонного соединения. Из информации, представленной ПАО "МТС", являющегося сотовым оператором связи Заявителя, факт поступления на абонентский номер Заявителя 16.04.2018 в 17 час. 10 мин. входящего вызова с абонентского номера «…», подтвержден.

Согласно информации, представленной ПАО "ВымпелКом", установлена информация о выделении абонентского номера телефона («…»), с которого был осуществлен звонок, ООО "ГАРТЕЛ" (ИНН 5032209124, юридический адрес: г. Москва, Спартаковская площадь, дом 14, стр.3, этаж 2 комн.4) на основании договора об оказании услуг связи от 23.10.2014 № 536783613. Таким образом, рассмотрение представленных материалов свидетельствует, что инициатором звонка с предложением услуг дополнительного дохода в сфере крипто валюты, на номер Заявителя, является ООО "ГАРТЕЛ". По сведениям ЕГРЮЛ, находящимся в открытом доступе на официальном сайте Федеральной налоговой службы (https://egrul.nalog.ru), по заданным критериям поиска (ИНН 5032209124) установлено ООО "ГАРТЕЛ" (г. Москва, Спартаковская площадь, дом 14, стр.3, этаж 2 комн.4).

Согласно выписке ЕГРЮЛ ИФНС России, основным видом деятельности ООО "ГАРТЕЛ" является деятельность по созданию и использованию баз данных и информационных ресурсов (код 63.11.1), а также одним из дополнительных видов деятельности является деятельность, связанная с использованием вычислительной техники и информационных технологий, прочая (код62.09). Таким образом, из полученных материалов и документов, установлено, что ООО "ГАРТЕЛ" может являться лицом, заинтересованным в продвижении продажи своих услуг, указанных в тексте телефонного звонка на рынке реализации аналогичного рода услуг. Из информации, представленной ООО "ГАРТЕЛ" (вх. от 26.06.2018 № 04-10/3802, от 24.07.2018 № 04-10/4488) установлено, что общество оказывает услуги по абонентскому обслуживанию номеров переданных в пользование абонентам конечным пользователям. Услуги предоставляются ПАО "ВымпелКом". При этом, с 10.04.2018 номером сотовой связи, с которого был осуществлен звонок («…»), переданной в пользование ООО "ГАРТЕЛ" по договору ПАО "ВымпелКом", пользуется в компании Мачульский С.С. согласно заключенному договору об абонентском обслуживании от 10.04.2018. Как указывает ООО "ГАРТЕЛ", данные

конечного пользователя - Мачульского С.С. переданы в ПАО "Вымпел Ком" 05.06.2018, т. е. на момент рассмотрения настоящего дела. В доказательство изложенного обстоятельства ООО "ГАРТЕЛ" представлена копия вышеуказанного договора об абонентском обслуживании от 10.04.2018. **Оценив и проанализировав представленные в рамках дела материалы и заявленные доводы сторон, Комиссия приходит к следующему.** 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 излучения, 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, предполагает говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

Более того, упоминание фамилии, имени или отчества абонента, при распространении рекламы по сетям электросвязи, не свидетельствует о ее индивидуализированном, не рекламном характере, т. к. такая информация 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, поскольку представляют интерес для неопределённого круга лиц и являются рекламой.

Указанная позиция согласуется с письмом ФАС России от 27.06.2016 № АД/43482/16 " Об отнесении к рекламе информации с личным обращением". Таким образом, Комиссия пришла к выводу, что исходя из специфики распространения рекламы посредством телефонного звонка (то есть возможности получения персональной информации непосредственно от абонента), реклама не была направлена на конкретного адресата, в связи с чем, реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалах дела не представлено доказательств осуществления спорного телефонного звонка исключительно в адрес одного физического лица - Заявителя. В связи с изложенным, рассматриваемая информация определяется как реклама, поскольку обладает всеми квалифицирующими признаками рекламы, применительно к пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, и, таким образом, на нее распространяются все ограничения Закона о рекламе. 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, 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.
Поскольку из обращения Заявителя следует, что он не давал какому-либо лицу согласие на получение рассматриваемого рекламного сообщения, следовательно, данное обстоятельство указывает на признаки нарушения ч.1 ст.18 Закона о рекламе.
Данной нормой предусмотрено, что реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. В части 1 статьи 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, и именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказать, что такое согласие было дано. При этом в случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента, что указывает на нарушение ч.1 ст.18 Закона о рекламе.
Доводы ООО "ГАРТЕЛ", заключающиеся в том, что в действиях общества отсутствуют нарушения, поскольку абонентом номера сотового телефона в компании является Мачульский С.С. с 10.04.2018, не могут быть приняты Комиссией во внимание по следующим основаниям. При изучении материалов дела и информации, представленной ООО "ГАРТЕЛ", ПАО "Вымпел Ком", Комиссия не находит документального подтверждения того, что инициатором звонка может являться абонент Мачульский С.С., поскольку пользование номером сотовой связи, принадлежащее ООО "ГАРТЕЛ", не свидетельствует о наличии оснований для несения Мачульским С.С. ответственности за нарушение требований законодательства. Изучение принятых от ПАО "ВымпелКом" пояснений и договора показало, что договор, заключенный, межу ПАО "ВымпелКом" и ООО "ГАРТЕЛ" в настоящее время является действующим, т.е. ООО "ГАРТЕЛ" является действительным абонентом ПАО "ВымпелКом" на момент рассмотрения дела. Таким образом, лицом, которое должно нести ответственность за пользование услугами связи, указанных в договоре, является ООО "ГАРТЕЛ". Принимая во внимание, пояснения и материальные доказательства ПАО "Вымпел КОМ", абонент Мачульский С.С., который пользуется данным номером сотовой связи в компании, не может нести ответственность за нарушение требований законодательства, поскольку у него

отсутствуют какие - либо договорные обязательства, предусматривающие ответственность за несоблюдение их т р е б о в а н и й .

Применительно к рассматриваемому вопросу это договор, заключенный между ПАО "Вымпел Ком" и ООО "ГАРТЕЛ". Исходя из указанных норм договора, конечным пользователем номера сотовой связи оператора ПАО "Вымпел Ком" является ООО "ГАРТЕЛ" и передача номера сотового телефона в пользование физическому лицу компании с 10.04.2018 не снимает ответственности с общества, поскольку ответственность за соблюдение норм договорных отношений, в соответствии с действующим договором, возложена на юридическое лицо - ООО "Гартел". Вместе с тем, при изучении Комиссией представленного ООО "Гартел" договора об абонентском обслуживании от 10.04.2018, заключенного между ООО"Гартел" и гр. Мачульским С.С., усматривается, что последний, подписав договор, указал дату его заключения 03.05.2018, что приводит к выводу о том, что обязательства гр. Мачульского в пользовании сотовой связью перед ООО "Гартел" могли возникнуть, в том числе, на момент получения сим-карты, только с 03.05.2018. При этом, спорный звонок на номер телефона сотовой связи Заявителя был осуществлен 16.04.2018 в 17 час. 10 мин., т.е. до принятия Мачульским С.С. в пользование номера сотовой связи ООО "ГАРТЕЛ". Указанное обстоятельство не умоляет выводы сделанные Комиссией в части доказательств того, что ответственность за пользование услугами ПАО "Вымпел Ком", согласно действующему договору, несет ООО "ГАРТЕЛ". Соответственно, исходя из норм Закона о рекламе, лицом, обязанным получить предварительное согласие абонента на получение рекламного звонка, а по терминологии законодательства, рекламораспространителем, будет являться ООО "Гартел". При рассмотрении материалов Комиссия исходила из конкретных обстоятельств дела, полученных материальных доказательств и доводов лиц, участвующих в деле, которым дана соответствующая оценка. Таким образом, Комиссия пришла к выводу, что непосредственное доведение рассматриваемого текста рекламы до Заявителя осуществляло ООО "ГАРТЕЛ" в силу действующего договора об оказании услуг связи от 23.10.2014 № 536783613, заключенному между ПАО "ВымпелКом" и ООО "ГАРТЕЛ".

При этом, как указывает Заявитель, и установлено в рамках рассмотрения дела, согласие на получение рассматриваемой рекламы им не давалось. Исходя из изложенного, ООО "ГАРТЕЛ" распространяло по каналам электронной связи рекламу без предварительного согласия абонента на получение рекламы, что указывает на нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе. Согласно пункту 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований статьи 18 Закона о рекламе несет рекламораспространитель. В смысле ст. 3 Закона о рекламе под рекламораспространителем понимается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств. Рекламораспространителем, лицом, осуществившее распространение рекламы по сетям электросвязи, в данном случае, является ООО "ГАРТЕЛ". Таким образом, Комиссия сделала вывод о признании ООО "Гартел" нарушившим требования ч. 1 ст.18 Закона о рекламе. Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения рассматриваемой рекламы указанным способом, ООО "ГАРТЕЛ" не представлено. Согласно пункту 44 Правил рассмотрения дел, возбужденных по признакам нарушения Закона 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. На основании изложенного, Комиссия приходит к выводу о необходимости выдачи ООО "ГАРТЕЛ" предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения Закона о рекламе, а именно распространения рекламы нарушающим положения Закона о рекламе способом, а также организации и инициации такого распространения.

Руководствуясь частью 2 пункта 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 Закона

о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 г. N 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ООО "ГАРТЕЛ" нарушившим требования, определенные частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившиеся в распространении 16.04.2018 в 17 час. 10 мин. на номер телефона сотовой связи Заявителя указанной по тексту рекламы посредством использования подвижной радиотелефонной связи без предварительного согласия абонента. 2. Выдать ООО "ГАРТЕЛ" предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении рекламы посредством осуществления телефонных звонков без предварительного согласия абонентов. 3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Чувашского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ООО "ГАРТЕЛ".

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

Председатель Комиссии

«...»

Члены Комиссии «...»