

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-4324/2019

«28» октября 2019 года

г. Москва

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: <...>а,

членов Комиссии: <...>ой, <...>ой,

рассмотрев дело № 077/05/18-4324/2019, возбужденное в отношении

ООО «Мед Арт» (ИНН 9705127531, ОГРН 1197746063558) по факту

распространения посредством телефонного звонка на телефонный номер <...>

рекламы следующего содержания:

«...Здравствуйте, это ознакомительный звонок для жителей Москвы и Подмосковья, не является продажей или рекламой, Вы готовы уделить две минуты для прослушивания?...», поступившей 25.04.2019 в 18:01 с номера +7(965)362-31-57,

«...В ближайшие дни по программе профилактики проводится диагностика позвоночника без оплаты при наличии медицинского полиса...», поступившей 28.05.2019 в 17:22 с телефонного номера +7(965)362-31-57, 10.06.2019 в 11:15 с телефонного номера +7(812)679-79-45, 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

и с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия

человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки),

в отсутствие представителей ООО «Мед Арт», ПАО «ВымпелКом»

(уведомлены надлежащим образом).

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-4324/2019 возбуждено в отношении ООО «Мед Арт» на основании заявлений физического лица и материалов по факту распространения посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания:

«...Здравствуйте, это ознакомительный звонок для жителей Москвы и Подмосковья, не является продажей или рекламой, Вы готовы уделить две минуты для прослушивания?...», поступившей 25.04.2019 в 18:01 с номера +7(965)362-31-57,

«...В ближайшие дни по программе профилактики проводится диагностика позвоночника без оплаты при наличии медицинского полиса...», поступившей 28.05.2019 в 17:22 с телефонного номера +7(965)362-31-57, 10.06.2019 в 11:15 с

телефонного номера +7(812)679-79-45.

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.

ООО «Мед Арт» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 06.02.2019

за основным государственным регистрационным номером 1197746063558, ИНН/КПП 9705127531/770501001.

Согласно материалам дела № 077/05/18-4324/2019 спорная реклама на номер телефона <...> поступила 25.04.2019 в 18:01 с телефонного номера +7(965)362-31-57,

28.05.2019 в 17:22 с телефонного номера

+7(965)362-31-57, 10.06.2019 в 11:15 с телефонного номера +7(812)679-79-45.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается аудиозаписью телефонных разговоров, содержащей текст рассматриваемых звонков, а также детализированными выписками, представленной заявителем и ПАО «ВымпелКом».

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 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

3

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 медицинским услугам, 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 по оказанию медицинских услуг, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространённая посредством осуществления на номер телефона <...> телефонных звонков, 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

4

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

рекламораспространитель

не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель 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 лицами, участвующими в деле, в Московское УФАС России не представлено.

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).

Под запрет, установленный в части 2 статьи 18 Закона о рекламе, попадают 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 входящие вызова, ему транслировалась запись голоса, содержащая текст рекламного сообщения. Таким образом, из представленной в Московское УФАС России информации следует, что рассматриваемые звонки совершены с помощью автоматического

5 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.

На основании изложенного Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Мед Арт» установлено нарушение части 2 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении

на телефонный номер

<...> рекламы посредством телефонного звонка следующего содержания:

«...Здравствуйте, это ознакомительный звонок для жителей Москвы и

Подмосковья, не является продажей или рекламой, Вы готовы уделить две минуты для прослушивания?...», поступившей 25.04.2019 в 18:01 с номера +7(965)362-31-57, «...В ближайшие дни по программе профилактики проводится диагностика позвоночника без оплаты при наличии медицинского полиса...», поступившей 28.05.2019 в 17:22 с телефонного номера +7(965)362-31-57, 10.06.2019 в 11:15 с телефонного номера +7(812)679-79-45, с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. Таким образом, распространение на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка рекламы следующего содержания:

«...Здравствуйте, это ознакомительный звонок для жителей Москвы и Подмосковья, не является продажей или рекламой, Вы готовы уделить две минуты для прослушивания?...», поступившей 25.04.2019 в 18:01 с номера +7(965)362-31-57,

«...В ближайшие дни по программе профилактики проводится диагностика позвоночника без оплаты при наличии медицинского полиса...», поступившей 28.05.2019 в 17:22 с телефонного номера +7(965)362-31-57, 10.06.2019 в 11:15 с телефонного номера +7(812)679-79-45, 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 рекламодатель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

Согласно представленным ПАО «ВымпелКом» сведениям и материалам, абонентский номер <...> (965)362-31-57 выделен ООО «Мед Арт» по договору об оказании услуг связи «Билайн» № 715385899 от 20.03.2019, заключенному между ПАО «ВымпелКом» и ООО «Мед Арт».

Согласно документам и сведениям, представленным ПАО «Ростелеком» телефонный номер +7(812)679-79-45 выделен ООО «Мед Арт» по договору об оказании услуг связи 278000207365 от 08.05.2019, заключенному между

6
ПАО «Ростелеком» и ООО «Мед Арт».

Таким образом, рассматриваемые телефонные звонки осуществлялись непосредственно с абонентского номера +7(965)362-31-57 и +7(812)679-79-45. На основании изложенного

ООО «Мед Арт»
является

рекламодателем рекламы: «...Здравствуйте, это ознакомительный звонок для жителей Москвы и Подмосковья, не является продажей или рекламой, Вы готовы уделить две минуты для прослушивания?...», поступившей на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка 25.04.2019 в 18:01 с номера +7(965)362-31-57,

«...В ближайшие дни по программе профилактики проводится диагностика позвоночника без оплаты при наличии медицинского полиса...», поступившей на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка 28.05.2019 в 17:22 с

телефонного номера +7(965)362-31-57, 10.06.2019 в 11:15 с телефонного номера +7(812)679-79-45.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований частей 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, незаконной по способу распространения потребителю, ООО «Мед Арт» не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Мед Арт» установлено нарушение частей 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся

в

распространении
на

телефонный

номер

<...> посредством телефонного звонка рекламы следующего содержания:

«...Здравствуйте, это ознакомительный звонок для жителей Москвы и Подмосковья, не является продажей или рекламой, Вы готовы уделить две минуты для прослушивания?...», поступившей 25.04.2019 в 18:01 с номера +7(965)362-31-57,

«...В ближайшие дни по программе профилактики проводится диагностика позвоночника без оплаты при наличии медицинского полиса...», поступившей 28.05.2019 в 17:22 с телефонного номера +7(965)362-31-57, 10.06.2019 в 11:15 с телефонного номера +7(812)679-79-45, без предварительного согласия абонента на

ее получение и с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ООО «Мед Арт» не представлено.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации

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.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но

содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о

рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Также в дело не представлено документальных доказательств

невозможности продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно

подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ООО «Мед Арт» предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации

о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 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 законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС

России

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «Мед Арт» (ИНН 9705127531, ОГРН 1197746063558) нарушившим части 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «...Здравствуйтесь, это ознакомительный звонок для жителей Москвы и Подмоскovie, не является продажей или рекламой, Вы готовы уделить две минуты для прослушивания?...», поступившей 25.04.2019 в 18:01 с номера +7(965)362-31-57; «...В ближайшие дни по программе профилактики проводится диагностика позвоночника без оплаты при наличии медицинского полиса...», поступившей

28.05.2019

В

17:22

с

телефонного

номера

+7(965)362-31-57, 10.06.2019 в 11:15 с телефонного номера +7(812)679-79-45, без предварительного согласия абонента на ее получение и с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

2. Выдать ООО «Мед Арт» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

8

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>а

<...>а