

РЕШЕНИЕ

по делу № 055/05/18-544/2021

17 августа 2021 года

город Омск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее - Омское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

председатель Комиссии – (...), врио заместителя руководителя Омского УФАС России,

члены Комиссии: (...),

рассмотрев дело № 055/05/18-544/2021 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения обществом с ограниченной ответственностью «Авантаж» (ОГРН 1217800028159, ИНН 7816715045, далее – ООО «Авантаж», Общество) рекламы, содержащей признаки нарушения требований частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в отсутствие заявителя, представителей ПАО «Мегафон» и ООО «Авантаж», извещенных надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России направлено обращение физического лица по факту получения 05.04.2021 в 13:38 часов на ее абонентский номер (...) телефонного звонка от абонента (...).

Заявителем приложена аудиозапись телефонного звонка следующего содержания: *«Стоматология города Санкт-Петербурга в честь недавнего открытия приглашает вас на полную диагностику с панорамным снимком всей полости рта с консультацией врача-стоматолога и завершающим этапом мы вам произведем ультразвуковую чистку, а также подарим скидку пятьдесят процентов на лечение кариеса. Имеются противопоказания, необходимо проконсультироваться со специалистом. Если хотите услышать подробную информацию, нажмите цифру один».*

Также в качестве подтверждения поступления вышеуказанного звонка заявителем в адрес Омского УФАС России представлен скриншот экрана телефона, на котором зафиксирован входящий звонок 05.04.2021 в 13:38 час. с абонентского номера (...).

По утверждению заявителя, реклама распространялась без его предварительного согласия на ее получение, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», согласно которой 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.

По информации ПАО «Мегафон» абонентский номер (...) (указанный заявителем) выделен в пользование ООО «Авантаж» по договору оказания услуг связи от 30.03.2021 № 100325905.

ООО «Скартел» («YOTA») в своем ответе указало, что абонентский номер (...) выделен (...) по договору от 18.10.2015. При этом оператором связи заявителя - ООО «Скартел» («YOTA») представлена информация о том, что в указанные (...) время и дата, а именно: 05.04.2021 в 13:38 часов, на абонентский номер (...) поступил звонок от абонента (...).

Кроме того, по информации сертифицированной информационно-биллинговой системой ПАО «Мегафон» 05.04.2021 в 13:38 часов также зафиксировано телефонное соединение с абонентского номера (...) на абонентский номер (...).

В соответствии с информацией, размещенной на сайте ФГУП ЦНИИС <https://zniis.ru/>, абонентский номер телефона (...) также принадлежит нумерации ПАО «Мегафон».

При этом ПАО «Мегафон» представлена копия договора от 18.03.2021 № 100323519 о выделении абонентского номера (...) ООО «Авантаж».

На запрос Омского УФАС России ООО «Авантаж» была представлена следующая информация:

Согласно п.1 Письма ФАС России от 27.12.2017 № АК/92163/17 «О разграничении понятий вывеска и реклама» информация, не отвечающая признакам, содержащимся в указанном понятии рекламы, не может быть признана рекламой, на такую информацию, а также на порядок ее размещения, не распространяются положения Закона о рекламе.

Согласно п.2 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Закона о рекламе» от 08.10.2012 «№58, 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).

Объектом рекламирования могут выступать товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель 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 (п.2 ст. 3 Закона о рекламе).

Согласно п. 2 Письма ФАС России от 27.12.2017 № АК/92163/17 «О разграничении понятий вывеска и реклама» информация, не содержащая указания на объект рекламирования, к которому направлено внимание и формируется интерес, не признается рекламой.

Вместе с тем, в запросе антимонопольного органа не содержится текст распространенной на номер заявителя информации, не содержится каких-либо сведений об объектах рекламирования (товарах или средствах индивидуализации общества, проводимых им мероприятиях): наименование стоматологической клиники, ее местонахождение, контактный телефон, то есть отсутствует определенный товар, предназначенный для продажи и иного введения в оборот, который можно индивидуализировать, выделить из однородной группы товаров, не является рекламой и на нее не распространяются требования указанного закона...».

Рассмотрев пояснения ООО «Авантаж», Комиссия не может согласиться с доводами Общества ввиду следующего.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» **реклама** - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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.

Согласно пункту 2 статьи 3 Федерального 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.

П о д **товаром** понимается продукт деятельности (в том числе работа, **услуга**), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (пункт 3 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Согласно представленной заявителем аудиозаписи в ходе телефонного звонка ей был предложен **ряд медицинских услуг: панорамный снимок всей полости рта, консультация врача-стоматолога, ультразвуковая чистка.**

Федеральным законом от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» установлено понятие **медицинской услуги** - это медицинское вмешательство или комплекс медицинских вмешательств, направленных на профилактику, диагностику и лечение заболеваний, медицинскую реабилитацию и имеющих самостоятельное законченное значение.

Приказом Минздрава России от 13.10.2017 № 804н «Об утверждении номенклатуры медицинских услуг» утверждена Номенклатура медицинских услуг (далее - Номенклатура), представляющая собой систематизированный перечень кодов и наименований медицинских услуг в здравоохранении.

Согласно положениям Номенклатуры перечень медицинских услуг разделен на два раздела «А» и «В»:

- раздел «А» включает медицинские услуги, представляющие собой определенные виды медицинских вмешательств, направленные на профилактику, диагностику и лечение заболеваний, медицинскую реабилитацию и имеющие самостоятельное законченное значение;

- раздел «В» включает медицинские услуги, представляющие собой комплекс медицинских вмешательств, направленных на профилактику, диагностику и лечение заболеваний, медицинскую реабилитацию и имеющих самостоятельное законченное значение.

Согласно Номенклатуре выделяют следующие виды панорамных снимков полости рта:

- панорамная рентгенография верхней челюсти A06.07.001;

- панорамная рентгенография нижней челюсти A06.07.002.

В соответствии с алгоритмом кодирования, указанным в Номенклатуре, к врачебным лечебно-диагностическим медицинским услугам относятся услуги:

- прием (осмотр, консультация) врача-стоматолога детского первичный (B01.064.003);

- прием (осмотр, консультация) врача-стоматолога детского повторный (B01.064.004);

- прием (осмотр, консультация) врача-стоматолога-терапевта первичный (B01.065.001)

- прием (осмотр, консультация) врача-стоматолога-терапевта повторный (B01.065.002).

Видом ультразвуковой чистки, согласно Номенклатуре, является ультразвуковое удаление наддесневых и поддесневых зубных отложений в области зуба (A22.07.002).

Дополнительно о рекламном характере озвученной в ходе телефонного звонка информации свидетельствует формулировка «Имеются противопоказания, необходимо

проконсультироваться со специалистом», указание которой в силу части 7 статьи 24 Федерального закона «О рекламе» является обязательным при распространении **рекламы** лекарственных препаратов, **медицинских услуг**, в том числе методов профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации, медицинских изделий.

Кроме того, отсутствие во вступительной части разговора с абонентом наименования конкретной клиники не доказывает отсутствие объекта рекламирования, поскольку как следует из пункта 2 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» объектом рекламирования может выступать не только средство индивидуализации продавца или товара, но и сам товар (услуга), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Таким образом, распространенная в ходе телефонного звонка 05.04.2021 в 13:38 часов в адрес (...) (абонентский номер (...)) информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками распространена по сетям электросвязи и направлена на привлечение внимания неопределенного круга лиц к объекту рекламирования: стоматологии, расположенной в городе Санкт-Петербург, и оказываемым в ней медицинским услугам.

По утверждению заявителя, реклама распространялась без предварительного согласия на ее получение, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», согласно которой 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.

При этом запись телефонного разговора, предоставленная заявителем, содержащая воспроизведенный, заранее записанный аудиофрагмент, позволяет сделать вывод о том, что в ходе осуществления такого звонка использовались средства набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозванивание).

В силу части 2 статьи 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).

Ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации (пункт 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

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

Исходя из определения, данного в пункте 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», ООО «Авантаж» является рекламораспространителем.

Частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» установлено, что рекламораспространитель несет ответственность за нарушение частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

Рассмотрев материалы дела, учитывая пояснения заявителя об отсутствии ее согласия на получение рекламы, наличие договора об оказании услуг связи от 18.03.2021 № 100323519, заключенного между ПАО «Мегафон» и ООО «Авантаж», Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу о нарушении ООО «Авантаж» требований частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении 05.04.2021 в 13:38 часов в адрес

(...) (абонентский номер (...)) посредством радиотелефонной связи рекламы без предварительного согласия абонента на ее получение.

Учитывая разовый характер поступления вышеуказанного звонка в адрес заявителя (абонентский номер (...)), а также отсутствие на момент рассмотрения настоящего дела доказательств обратного, Комиссией Омского УФАС России сделан вывод о нецелесообразности выдачи ООО «Авантаж» предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 - 48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать действия ООО «Авантаж» (ОГРН 1217800028159, ИНН 7816715045), выразившиеся в распространении 05.04.2021 в 13:38 часов в адрес (...) (абонентский номер (...)) посредством радиотелефонной связи рекламы без предварительного согласия абонента на ее получение, нарушающими требования частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Не выдавать ООО «Авантаж» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу антимонопольного органа для возбуждения дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 27 августа 2021 года.

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

Председатель Комиссии(...)

Члены Комиссии: (...)