

ПАО «ВымпелКом»

Восьмого Марта ул., д. 10, стр. 14,
г. Москва, 127083

ООО «Аирдент»

127083, г. Москва,
ул. Мишина, д. 35, помещ. 1,
комн. 9-14

<...>

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-8262/2020

«29» июля 2020 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: <...>

членов Комиссии: <...><...>

рассмотрев дело № 077/05/18-8262/2020, возбужденное в отношении ООО «Аирдент» (ИНН 7714440602, ОГРН 1197746160160) по факту распространения посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Я звоню с интересной информацией для жителей Москвы и ближайшего Подмосковья. Это не продажа или реклама. Разрешите я продолжу?», ответ заявителя: «Продолжайте», далее звонивший отвечает: «Спасибо, этот вопрос я задаю, чтобы не нарушать Федеральный закон о рекламе. ... жители Российской Федерации могут пройти прием врача-стоматолога без оплаты», поступившего 30.04.2019 в 15:36 с телефонного номера +7 (964)-772-13-49, с нарушением частей 1, 2 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, без предварительного согласия абонента на получение рекламы, с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека,

в отсутствие представителей ПАО «Вымпелком», ООО «Аирдент» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-8262/2020 возбуждено в отношении ООО «Аирдент» на основании заявления физического лица по факту распространения посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы. Текст рекламы содержал следующую информацию: «Меня зовут Юлия, я звоню с интересной информацией для жителей Москвы и ближайшего Подмосковья. Это не продажа или реклама. Разрешите я продолжу?», ответ заявителя: «Продолжайте», далее звонивший отвечает: «Спасибо, этот вопрос я задаю, чтобы не нарушать Федеральный закон о рекламе. ... жители Российской Федерации могут пройти прием врача-стоматолога без оплаты. На данном приеме вам проведут полную диагностику состояния зубов, десен, макро и панорамные снимки ... Прием ведется в стоматологической клинике в шаговой доступности от метро Динамо или Петровский парк», поступившего 30.04.2019 в 15:36 с телефонного номера +7 (964)-772-13-49.

ООО «Аирдент» заявлено ходатайство об отложении рассмотрения дела № 077/05/18-8262/2020 в связи с желанием личного присутствия на рассмотрении настоящего дела. Однако Комиссия отказывает в удовлетворении данного ходатайства в связи со следующим.

В соответствии с поручением руководителя Федеральной антимонопольной службы от 12.05.2020 № 01-016-ИА/ПР (далее - Поручение) структурным подразделениям и территориальным органам ФАС России необходимо возобновить в полном объеме рассмотрение дел о нарушениях антимонопольного законодательства, дел о нарушениях законодательства о рекламе, дел об административных правонарушениях, ходатайств в рамках экономической концентрации. При этом согласно Поручению, рассмотрение вышеуказанных дел осуществлять преимущественно с использованием видеоконференцсвязи.

Комиссия приходит к выводу о том, что рассмотрение рассматриваемого дела с использованием видеоконференцсвязи не нарушает процессуальные права лиц, участвующих в деле. В частности стороны по делу не лишены возможности представлять документы и сведения, которые, по их мнению, имеют значение для принятия окончательного решения; давать устные и письменные пояснения, заявлять ходатайства, задавать вопросы, пользоваться иными процессуальными правами. Также лица, участвующие в деле, не были лишены возможности ознакомиться с материалами дела.

Таким образом, процедура рассмотрения настоящего дела посредством видеоконференцсвязи в настоящий момент в полной мере отвечает как интересам сторон по делу, так и публичным интересам по возможному принятию мер для предотвращения распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-19).

ООО «Аирдент» не было заявлено мотивированной позиции о рассмотрении дела о проведении очного рассмотрения настоящего дела.

Таким образом, Комиссией было принято решение об отказе в удовлетворении заявленного ООО «Аирдент» ходатайства об отложении.

Довод ООО «Аирдент» относительно истечения срока давности привлечения к административной ответственности Комиссией не принимается в связи со следующим.

Настоящее дело рассматривается по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Частью 4 статьи 38 Закона о рекламе, частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ) предусмотрена административная ответственность за нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или

рекламораспространителем законодательства о рекламе.

Вопрос привлечения к административной ответственности по статье 14.3 КоАП РФ ставится исключительно после установления факта нарушения отраслевого законодательства.

Исходя из части 1 статьи 4.5 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении за нарушение законодательства о рекламе не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

Однако срок давности принятия решения о нарушении законодательства Российской Федерации о рекламе отсутствует.

Таким образом, в рамках настоящего дела не рассматривается вопрос о привлечении лица к административной ответственности по статье 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, а лишь решается вопрос наличия или отсутствия в его действиях факта нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Следовательно процедура рассмотрения дел об административных правонарушениях в рамках дела № 077/05/18-8262/2020 не применяется, а равно права Общества в настоящем случае не нарушены.

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 «Аирдент» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 01.03.2019 за основным государственным регистрационным номером 1197746160160, ИНН 7714440602, КПП 771401001.

Согласно материалам дела № 077/05/18-8262/2020 на номер телефона <...> 30.04.2019 в 15:36 с телефонного номера +7 (964)-772-13-49 поступила спорная реклама.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается аудиозаписью телефонного разговора, содержащий текст рассматриваемого сообщения, а также детализацией связи, представленной 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 — 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.

В силу специфики способа распространения рекламы по сетям электросвязи следует исходить из возможности направления однообразных предложений с несколько отличающимися условиями разным абонентам.

При этом сам факт автоматического формирования такой информации и направления ее абоненту свидетельствует о цели продавца привлечения внимания неопределённого круга лиц к определенным услугам.

Тот факт, что в содержании телефонного звонка не было сказано о конкретном названии клиники, юридического лица, адреса, и/или иных сведений не свидетельствует о не рекламном характере данного телефонного звонка. Так, в случае направления посредством телефонного звонка информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования, в данном случае медицинские услуги), 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, а равно в данном случае звонившее лицо рекламировало медицинские услуги конкретной клиники в г. Москве, с конкретным предложением записаться на прием «в стоматологическую клинику в шаговой доступности от метро Динамо или Петровский парк» неопределённому кругу лиц.

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 сообщения, 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, распространенная посредством осуществления на номер телефона <...> телефонного звонка, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством телефонного звонка; адресована неопределенному 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 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.

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 материалы дела не представлено.

Так, Комиссией установлено, что ответ заявителя «Продолжайте» не является согласием именно на распространение рекламы, так как абонент не мог знать заранее, что ему будут транслировать рекламное предложение. Следовательно даже в случае согласие абонента на прослушивание информации в полном объеме (в данном случае после слова «Продолжайте») не выражает свое желание на получение именно рекламы.

Также 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, подпадают как случаи, когда выбор абонента (абонентского номера) осуществляются не человека, 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 вызовы ему транслировалась запись голоса, содержащая текст рекламного сообщения. В заключение абоненту предлагалось ответить односложный ответ (отрицательный либо положительный) для получения более подробной информации.

Из представленных в Московское УФАС России документов и сведений 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.

Таким образом, при распространении указанной рекламы усматриваются признаки нарушения частей 1 и 2 статьи 18 Закона о рекламе, выразившегося в распространении рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной связи, в отсутствие согласия абонента на получение рекламы и 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 посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Я звоню с интересной информацией для жителей Москвы и ближайшего Подмосковья. Это не продажа или реклама. Разрешите я продолжу?», ответ заявителя: «Продолжайте», далее звонивший отвечает: «Спасибо, этот вопрос я задаю, чтобы не нарушать Федеральный закон о рекламе. ... жители Российской Федерации могут пройти прием врача-стоматолога без оплаты», поступившего 30.04.2019 в 15:36 с телефонного номера +7 (964)-772-13-49, 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 соответствии с реестром Российской системы и плана нумерации телефонный номер +7 (964)-772-13-49 принадлежит ПАО «ВымпелКом».

Согласно представленным документам ПАО «ВымпелКом», абонентский номер +7 (964)-772-13-49 выделен ООО «Аирдент» по договору об оказании услуг связи «Билайн» № 715779983 от 26.03.2019.

Таким образом, рассматриваемый телефонный звонок осуществлялся непосредственно с абонентского номера +7 (964)-772-13-49, принадлежащего ООО «Аирдент».

На основании изложенного ООО «Аирдент» является рекламораспространителем рекламы: «Я звоню с интересной информацией для жителей Москвы и ближайшего Подмосковья. Это не продажа или реклама. Разрешите я продолжу?», ответ заявителя: «Продолжайте», далее звонивший отвечает: «Спасибо, этот вопрос я задаю, чтобы не нарушать Федеральный закон о рекламе. ... жители Российской Федерации могут пройти прием врача-стоматолога без оплаты», поступившего 30.04.2019 в 15:36 с телефонного номера +7 (964)-772-13-49.

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 ее распространения ООО «Аирдент» не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Аирдент» установлено нарушение частей 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Я звоню с интересной информацией для жителей Москвы и ближайшего Подмосковья. Это не продажа или реклама. Разрешите я продолжу?», ответ заявителя: «Продолжайте», далее звонивший отвечает: «Спасибо,

этот вопрос я задаю, чтобы не нарушать Федеральный закон о рекламе. ... жители Российской Федерации могут пройти прием врача-стоматолога без оплаты», поступившего 30.04.2019 в 15:36 с телефонного номера +7 (964)-772-13-49, без предварительного согласия абонента на ее получение, с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ООО «Аирдент» 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 ПАО «ВымпелКом», ООО

«Аирдент» предписаний 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 «Аирдент» (ИНН 7714440602, ОГРН 1197746160160) нарушившим части 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: «Я звоню с интересной информацией для жителей Москвы и ближайшего Подмосковья. Это не продажа или реклама. Разрешите я продолжу?», ответ заявителя: «Продолжайте», далее звонивший отвечает: «Спасибо, этот вопрос я задаю, чтобы не нарушать Федеральный закон о рекламе. ... жители Российской Федерации могут пройти прием врача-стоматолога без оплаты», поступившего 30.04.2019 в 15:36 с телефонного номера +7 (964)-772-13-49, без предварительного согласия абонента на ее получение, а также с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека.

2. Выдать ООО «Аирдент» предписание о прекращении распространения рекламы с нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Выдать ПАО «ВымпелКом» предписание о принятии мер по предотвращению распространения рекламы на телефонный номер <...> по сетям электросвязи.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>

<...>