

РЕШЕНИЕ

ПО ДЕЛУ № 04-6/2-77-2013

Резолютивная часть решения оглашена 19 декабря 2013 г.

Решение изготовлено в полном объеме 09 января 2014 г.

г.

Тверь

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области (далее – Тверское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

председатель Комиссии: Фомин В.М., руководитель управления,

члены Комиссии:

Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

Манюгина Е.И., начальник отдела контроля органов власти,

Шуклина М.Ю., специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

рассмотрев дело № 04-6/2-77-2013, возбужденное по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения 27.08.2013 и 30.08.2013 рекламы косметических услуг с использованием продукции «ДеШели» на телефонный номер <...> без ее предварительного согласия,

в присутствии <...>., представителя ООО «Эстэль» (далее также Общество): <...> (по доверенности от 11.12.2013 б/н),

УСТАНОВИЛА:

Настоящее дело возбуждено Тверским УФАС России 28.11.2013 на основании поступившего 01.10.2013 из ФАС России по подведомственности заявления <...> (далее также заявитель) о распространении на телефонный номер заявителя 8-905-*** звонков 27.08.2013 и 30.08.2013 с рекламой косметических услуг с использованием продукции «ДеШели» и материалов проверки.

В своем заявлении <...> указала, что 27.08.2013 в 19:44 и 30.08.2013 в 10:16 на ее телефонный номер поступило два звонка рекламного характера с предложением бесплатной спа - процедуры по адресу: г. Тверь, *** , с применением косметической продукции компании «ДеШели». При этом <...> сообщила, что согласия на получение рекламы косметических услуг с использованием продукции компании «ДеШели» не давала.

Из представленной заявителем детализации услуг связи ОАО «Вымпел -

Коммуникации» за период с 17.08.2013 по 30.08.2013 следует, что 27.08.2013 в 19:44:28 на телефонный номер заявителя поступил звонок с телефонного номера 8-930-***; повторный звонок поступил 30.08.2013 в 10:16:51 с телефонного номера 8-930-***.

В соответствии со статьей 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон) **реклама** это 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; **объект рекламирования** - товар, средство его индивидуализации, 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; **товар** - продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; **ненадлежащая реклама** - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации; **рекламораспространитель** - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Вышеуказанная информация о косметических услугах компании «ДеШели» (ООО «Дешели Инвест», «Desheli Invest» LTD), распространяемая посредством использования телефонной связи, с предложением посетить офис ООО «Эстэль» по адресу: г. Тверь, *** , на бесплатную спа – процедуру, как направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования – ООО «Эстэль» и оказываемым им услугам, формирование или поддержание интереса к нему, является рекламой. Об этом, в том числе о том, что такая информация адресована неопределенному кругу лиц, свидетельствует также предоставленная заявителем информация о том, что звонки с предложением спа – процедуры осуществлялись в рамках рекламной акции, и пояснения самого Общества о порядке формирования так называемой «базы данных Общества».

Федеральной антимонопольной службой России в письме от 05.04.2007 N АЦ/4624 разъяснено, что под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о некоем лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена.

Согласно пункту 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» 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, является рекламой и должна в связи с этим отвечать требованиям, предъявляемым Законом о рекламе.

Как указана выше, распространяемая ООО «Эстэль» информация полностью подпадает под определение, данное в статье 3 Закона, поскольку содержит информацию, распространяемую посредством телефонной связи, адресованную неопределенному кругу лиц, то есть, не персонифицированную, и направленную на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Объектом рекламирования в данном случае является ООО «Эстэль», и оказываемые им спа – процедуры, а также косметическая продукция компании «ДеШели».

Согласно части 1 статьи 5 Закона, реклама должна быть добросовестной и достоверной. Недобросовестная реклама и недостоверная реклама не допускаются.

Согласно пункту 3 части 2 статьи 5 Закона недобросовестной признается реклама, которая представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона 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.

На рекламораспространителя возложена обязанность доказывать, что такое согласие было дано.

Как указано выше, при обращении в ФАС России, а также при рассмотрении дела заявитель сообщил об отсутствии его согласия на получение рекламных сообщений от ООО «Эстэль» либо компании «ДеШели».

Телефонные звонки на номер заявителя поступили с телефонных номеров 8-930-*** и 8-930-***, относящиеся к ресурсу нумерации оператора связи ОАО «МегаФон».

Согласно информации, представленной оператором связи ОАО «МегаФон» (письмо от 24.10.2013), телефонные номера 8-930-*** и 8-930-*** выделены ООО «Эстэль» в соответствии с договором от 23.04.2013.

Общество представило пояснения от 14.11.2013 б/н, согласно которым телефонные номера 8-930-*** и 8-930-*** зарегистрированы на Общество и используются сотрудниками для уведомления о новинках продукции, об акциях и т.д. Общество является официальным представителем косметической марки «ДеШели». При этом Общество подтвердило поступление на телефон <...> двух звонков. Как пояснило Общество, во время первого телефонного разговора заявителю было неудобно разговаривать, поэтому разговор не состоялся. Во время второго телефонного разговора <...> отказалась от получения информации об услугах Общества.

Из представленного письма ООО «Дешели Инвест» от 02.12.2013 следует, что Общество является франчайзинговым представительством ООО «Дешели Инвест»

на основании договора коммерческой субконцессии от 23.04.2013 № 6/н.

В ходе рассмотрения настоящего дела Общество представило пояснения от 11.12.2013, согласно которым Общество отрицает нарушение им положений части 1 статьи 18 Закона, поскольку <...>, являясь абонентом ОАО «ВымпелКом» (товарный знак «Билайн»), при заключении договора дала согласие на получение рекламы (пункт 9 договора об оказании услуг связи «Билайн»); в качестве подтверждения представив типовой договор оказания услуг «Билайн».

Доводы Общества в части получения оператором связи - ОАО «Вымпел-Коммуникации», согласия абонента на распространение рекламы по телефону Комиссией отклоняются с учетом следующего. Договор об оказании услуг связи с предоставлением <...> телефонного номера 8-905-*** заключен до 2009 года и не содержал пункт 9 договора, на который ссылается Общество, и которым были предусмотрены следующие условия: «Соглашаясь с условиями Договора в настоящей редакции, Абонент выражает свое согласие на получение рекламной информации, распространяемой по сетям связи в целях и случаях, когда необходимость такого согласия предусмотрена нормативно-правовыми актами о рекламе»); информация об изменении условий договора об оказании услуг была размещена на сайте в соответствии с действующим законодательством; согласно подпункту 1 пункта 3.2 договора на оказание услуг связи Оператор связи уведомляет своих абонентов об изменении условий договора через средства массовой информации и при отсутствии возражений со стороны абонента такие изменения считаются принятыми абонентом. Абонент может получить всю интересующую его информацию на сайте www.beeline.ru, который является зарегистрированным средством массовой информации».

При этом Комиссия критично относится к позиции Общества о том, что указанный пункт 9 типового договора (при условии заключения Заявителем договора с такими условиями) позволяет расценивать указанные в нем условия как согласие на получение рекламы от Общества. Исходя из целей Закона, каковыми являются развитие рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции, обеспечение в Российской Федерации единства экономического пространства, реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, создание благоприятных условий для производства и распространения социальной рекламы, предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы; понятия надлежащей рекламы, положений статьи 18 Закона, Комиссия считает, что законодатель предусмотрел, что согласие на получение рекламы должно быть непосредственно у рекламораспространителя и/или на получение рекламы, связанной с конкретным объектом рекламирования. Следовательно, наличие вышеуказанного пункта в договоре об оказании услуг связи следует рассматривать как согласие на получение рекламы от самого оператора связи – ОАО «Вымпел – Коммуникации».

Указанное согласуется с позицией Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, который в пункте 15 постановления Пленума от 08.10.2012 № 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 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 рекламодателя.*** Вместе с тем согласие абонента 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».

В соответствии с частью 6 статьи 38 Закона ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона, несет рекламодатель.

Согласно материалам дела, в том числе пояснениям самого Общества, сведениям, предоставленным оператором связи, рекламодателем является ООО «Эстэль».

Учитывая отсутствие предварительного согласия абонента на получение рекламы от ООО «Эстэль», в том числе оказываемых им услуг либо продукции компании «Дешели», при распространении такой рекламы 27.08.2013 в 19:44:28 и 30.08.2013 в 10:16:51 на телефонный номер заявителя 8-905-***, посредством использования телефонной связи, ООО «Эстэль» были нарушены требования части 1 статьи 18 Закона.

Руководствуясь частью 1 статьи 18, пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 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 Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать распространяемую ООО «Эстэль» (г. Тверь, ***) посредством использования телефонной связи 27.08.2013 в 19:44:28 и 30.08.2013 в 10:16:51 телефонный номер <...> -905-*** рекламу оказываемых ООО «Эстэль» услуг, а также косметической продукции компании «Дешели», без предварительного согласия абонента, ненадлежащей; действия ООО «Эстэль» (г. Тверь, ***) - нарушающими часть 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 - ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Эстэль» предписание о прекращении нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» при распространении

рекламы посредством телефонной связи без предварительного согласия абонента.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Тверского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренного статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в отношении рекламодателя указанной рекламы – ООО «Эстэль».

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

Председатель Комиссии

В.М. Фомин

Члены Комиссии
Манюгина М.Ю. Шуклина

Л.В. Посохова Е.И.,

ПРЕДПИСАНИЕ 04-6/2-77-2013

о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе

Резолютивная часть предписания оглашена 19 декабря 2013 г.

Предписание изготовлено в полном объеме 09 января 2014 г.
г. Тверь

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тверской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Тверское УФАС России, Комиссия) в составе:

председатель Комиссии: Фомин В. М., руководитель управления;

члены Комиссии:

Посохова Л.В., заместитель руководителя управления,

Манюгина Е.И., начальник отдела контроля органов власти,

Шуклина М.Ю., специалист-эксперт отдела контроля органов власти,

на основании решения от 19.12.2013 по делу № 04-6/2-77-2013 о признании ненадлежащей распространяемой ООО «Эстэль» посредством использования телефонной связи 27.08.2013 в 19:44:28 и 30.08.2013 в 10:16:51 на телефонный номер <...> -905-*** рекламы оказываемых ООО «Эстэль» услуг, а также косметической продукции компании «ДеШели», без предварительного согласия абонента, и в соответствии с [пунктом 1 части 2 статьи 33, частями 1, 3 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», пунктами 44, 45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе](#), утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508,

ПРЕДПИСЫВАЕТ:

1. ООО «Эстэль» (г. Тверь, ***) **в пятидневный срок** со дня получения настоящего предписания прекратить нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно: **прекратить распространение рекламы оказываемых ООО «Эстэль» услуг, а также косметической продукции компании «ДеШели» посредством использования телефонной связи** на телефонный номер <...> -905-*** и при распространении вышеуказанной рекламы **посредством использования телефонной связи** на телефонный номер <...> -905-*** обеспечить соблюдение требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».
2. ООО «Эстэль» (г. Тверь, ***) представить в Тверское УФАС России письменные доказательства исполнения пункта 1 настоящего предписания **в срок до 05.02.2014.**

В случае невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения законодательства о рекламе ФАС России вправе в соответствии с [пунктом 2.4 статьи 19.5](#) Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях наложить на должностных лиц штраф в размере от двенадцати тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от трехсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

Предписание может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном [статьей 198](#) Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. Обжалование в судебном порядке настоящего предписания не приостанавливает его исполнение.

Председатель Комиссии

В.М. Фомин

Члены Комиссии

Л.В. Посохова, Е.И. Манюгина, М.Ю. Шуклина