

ООО «ТД РОТИНАР»

115304, Москва г, вн.тер. г. муниципальный округ Царицыно,

ул Каспийская, д. 22, к. 1, стр. 5, помещ. 17А/9, офис 249

АО «Квантум»

Большая Черкизовская ул., 24а,

стр. 1, г. Москва, 107553

РЕШЕНИЕ по делу № 077/05/18-14256/2022

«10» января 2023 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 № 077/05/18-14256/2022 по признакам нарушения ООО «ТД РОТИНАР» (ОГРН 1217700064295, ИНН 9724037805) части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении на телефонный номер «...» посредством телефонного звонка с телефонного номера «...» рекламы следующего содержания:

«- Алло.

- Але, «...», добрый день, меня зовут «...», Ротинар Групп, Вам удобно сейчас говорить?

- Я слушаю.

- Вы к нам обращались по поводу металла, отгружали Вам, подскажите, сейчас есть какая-нибудь потребность?...», поступившей 19.07.2022 в 10:28,

«- Алло,

- Алло, да «...», добрый день!

- Меня зовут «...», Ротинар групп, вы ранее, вы закупали у нас сетку, хотели бы продолжить сотрудничество и звоню Вам узнать может есть какие-то актуальные потребности у вас?

- Я ничего у вас не покупал...», поступившей 05.10.2022 в 12:16.,

в присутствии представителя АО «Квантум» (по доверенности),

в отсутствие представителя ООО «ТД РОТИНАР», уведомлены надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-14256/2022 возбуждено в отношении ООО «ТД РОТИНАР» на основании заявления физического лица и материалов по факту распространения на телефонный номер «...» посредством телефонного звонка с телефонного номера «...» рекламы следующего содержания:

«- Алло.

- Але, «...», добрый день, меня зовут «...», Ротинар Групп, Вам удобно сейчас говорить?

- Я слушаю.

- Вы к нам обращались по поводу металла, отгружали Вам, подскажите, сейчас есть какая-нибудь потребность?...», поступившей 19.07.2022 в 10:28,

«- Алло,

- Алло, да «...», добрый день!

- Меня зовут «...», Ротинар групп, вы ранее, вы закупали у нас сетку, хотели бы продолжить сотрудничество и звоню Вам узнать может есть какие-то актуальные потребности у вас?

- Я ничего у вас не покупал...», поступившей 05.10.2022 в 12:16.

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.

Согласно материалам дела спорная реклама на номер телефона «...» поступила 19.07.2022 в 10:28 и 05.10.2022 в 12:16 с телефонного номера «...».

Поступление указанной рекламы на телефонный номер «...» подтверждается аудиозаписью телефонного разговора, содержащей текст рассматриваемого звонка, а также детализированной выпиской, представленной заявителем в материалы дела.

ООО «ТД РОТИНАР» представило письменные возражения, согласно которым рассматриваемый звонок не является рекламой, так как заявитель ранее совершал в адрес ООО «ТД РОТИНАР» звонки, в самом разговоре присутствует указание на лицо, которому был произведен звонок («...»), а также в разговоре уточнялось наличие потребности, а не предоставление рекламной информации.

Комиссия, отклоняя доводы ООО «ТД РОТИНАР», исходит из следующего.

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 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. Вместе с тем, в тексте рассматриваемой рекламы присутствует имя лица, на восприятие которого направлена распространенная информация.

Однако Комиссия приходит к выводу, что обращение к абоненту по имени в данном случае не является фактором, определенно идентифицирующим получателя распространяемой информации.

Подобное обращение к потенциальному клиенту является нормальным общепринятым поведением в обществе, соответствующим правилам обычного и делового этикета и лишь свидетельствует о клиентоориентированной направленности деятельности рекламораспространителя при продвижении своей продукции на рынке.

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 обобщенный 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 неопределенного круга лиц и являются рекламой.

Учитывая развивающиеся технологии и возможности обработки значительного объема информации, в том числе об определенном абоненте, следует оценивать не только возможность неопределенного круга лиц воспользоваться отдельным предложением продавца, но и систематичность, массовость совершения однотипных звонков и их конечную цель.

Кроме того немаловажным является то обстоятельство, что положения статьи 18 Закона о рекламе должны

распространяться на всю нежелательную информацию, которая направляется абоненту и тем или иным образом направлена на привлечение или поддержание его интереса к определенному товару.

Не может служить исключением информация от продавца, у которого абонент приобретал товар, услугу и который в силу специфики своего статуса имеет широкий доступ к информации об абоненте и использует это в коммерческих целях.

Резюмируя изложенное, Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

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.

Вместе с тем, осуществленный телефонный звонок с целью выяснения наличия потребности в товаре абоненту, который ранее совершал звонок в организацию, может рассматриваться в качестве рекламы, если такая услуга выступает в качестве объекта рекламирования.

Учитывая развивающиеся технологии и возможности обработки значительного объема информации, в том числе об определенном абоненте, следует оценивать не только возможность неопределенного круга лиц воспользоваться отдельным предложением продавца, но и систематичность, массовость направления однотипных телефонных звонков и их конечную цель.

Кроме того немаловажным является то обстоятельство, что положения статьи 18 Закона о рекламе должны распространяться на всю нежелательную информацию, которая направляется абоненту и тем или иным образом направлена на привлечение или поддержание его интереса к определенному товару.

Не может служить исключением информация от продавца, у которого абонент приобретал товар, услугу и который в силу специфики своего статуса имеет широкий доступ к информации об абоненте и использует это в коммерческих целях.

Резюмируя изложенное, Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования, поддержанию интереса к нему.

Данная позиция Комиссии Московского УФАС России подтверждается судебной практикой (например, Решение Арбитражного суда г. Москвы по делу № А40- 70670/2021, Постановление арбитражного суда Московского округа по делу № А40- 146238/20).

Иное толкование привело бы к тому, что продавцу абонента предоставлен особый статус среди иных потенциальных распространителей рекламы в силу наличия у него информации об абоненте и противоречило бы самой сути ограничения, установленного частью 1 статьи 18 Закона о рекламе.

При этом, сам факт раннего обращения заявителя в адрес Общества, в части уточнения информации о наличии определенного товара и его количества, не означает, что заявитель дал согласие на осуществление звонков в его адрес в последующем.

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 телефонных звонков, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования, а именно воспользоваться услугами Ротинар Групп.

Таким образом, на основании вышеизложенного, Комиссия установила, что 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.

При этом, представленные ООО «ТД РОТИНАР» пояснения о том, что данный звонок не является рекламный, не находят своего подтверждения ввиду того, что сам факт раннего обращения заявителя в адрес Общества, в части уточнения информации о наличии определенного товара и его количества, не означает, что заявитель дал согласие на осуществление звонков в его адрес впоследствии.

Комиссия считает необходимым отметить, что в контексте именно телефонных звонков статьей 18 Закона о рекламе очевидно разграничены два способа получения рекламы абонентом по сетям электросвязи.

Первый способ исходит из частей 1 и 2 статьи 18 Закона о рекламе и предполагает, что рекламодатель сам инициирует взаимодействие с абонентом или адресатом, при этом такая инициация разрешена лишь если потребитель заранее выразил желание получать рекламу от конкретного рекламодателя.

Второй способ регулируется частями 3 и 4 статьи 18 Закона о рекламе, при которых абонент сам осуществляет действия, направленные на взаимодействие с рекламодателем, и в данном случае согласия абонента на получение рекламы не требуется, а необходимо лишь выполнить определенные условия (после сообщения запрашиваемой справки, бесплатно и т. п.).

Такое особое законодательное регулирование распространения рекламы одним из способов связи (телефонное соединение), постановка такого регулирования в прямую зависимость от субъекта, непосредственно инициирующего взаимодействие (рекламодатель или абонент), свидетельствует о вышеуказанной цели регулирования части 1 статьи 18 Закона о рекламе — недопустимости совершения самого телефонного звонка, призванного привлечь внимание к объекту рекламирования.

Более того, согласно пункту 2 Правил оказания услуг телефонной связи, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 09.12.2014 № 1342, под телефонным соединением понимается установленное в результате вызова взаимодействие между средствами связи, позволяющее абоненту и (или) пользователю услуг телефонной связи передавать и (или) принимать голосовую и (или) не голосовую информацию.

Исходя из вышеизложенного следует, что в случае, когда взаимодействие инициируется рекламодателем, момент начала распространения посредством телефонного звонка рекламной информации является момент поступления телефонного звонка на телефонный номер абонента, а не момент непосредственного оглашения рекламной информации абоненту.

Более того, рекламодатель не ставит себе иной конечной цели кроме как сформировать интерес к товару (работе, услуге).

Обязанность рекламодателя предварительно получить согласие абонента на получение рекламы предполагает совершение им действий, направленных на получение согласия абонента, до начала распространения рекламы по сетям электросвязи, т. е. в случае с распространением рекламы посредством телефонного звонка до поступления телефонного звонка на телефонный номер абонента.

Таким образом, в полной мере реализуется цель законодателя оградить абонентов от нежелательных звонков, осуществляемых в рекламных целях, в целом, а не только от дальнейшего прослушивания рекламной информации после выражения отказа.

Более того, распространение рекламной информации посредством сетей электросвязи (телефонного звонка) предполагает со стороны рекламодателя определение абонентов, которым должен быть совершен телефонный звонок. При этом, исходя из части 1 статьи 18 Закона о рекламе согласие на получение рекламы должно быть получено именно от абонента телефонного номера.

Более того, как было указано выше, согласие абонента должно быть выражено в форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Таким образом, не имея данных об абоненте, которому выделен телефонный номер, лицо, осуществляющее распространение рекламы, не имело возможности удостовериться в том, что собеседником в телефонном разговоре является именно владелец телефонного номера, а не какое-либо иное лицо, а равно, что абонент желал поступление такого телефонного звонка.

Следовательно, доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы участниками дела не представлено не представлено, а умолчание абонента (непредставление оператору сведений о согласии на получение рекламы) не может быть расценено как согласие на ее получение.

Исходя из вышеизложенного, в рассматриваемом случае рекламодатель не имел предварительного согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи, обратного не представлено.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, реклама, распространенная на телефонный номер «...» посредством телефонного звонка с телефонного номера «...» рекламы следующего содержания:

«- Алло.

- Але, «...», добрый день, меня зовут «...», Ротинар Групп, Вам удобно сейчас говорить?

- Я слушаю.

- Вы к нам обращались по поводу металла, отгружали Вам, подскажите, сейчас есть какая-нибудь потребность?...», поступившей 19.07.2022 в 10:28,

«- Алло,

- Алло, да «...», добрый день!

- Меня зовут «...», Ротинар групп, вы ранее, вы закупали у нас сетку, хотели бы продолжить сотрудничество и звоню Вам узнать может есть какие-то актуальные потребности у вас?

- Я ничего у вас не покупал...», поступившей 05.10.2022 в 12:16.

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.

Установлено, что телефонный номер «...» закреплен за АО «Квантум».

В ответ на запрос Московского УФАС России АО «Квантум» сообщило, что телефонный номер «...» был выделен ООО «ТД РОТИНАР» (ОГРН 1217700064295, ИНН 9724037805) на основании следующих договоров:

- договора оказания услуг связи № 6673 от 01.02.2015, заключенного между АО «Квантум» и ООО «ЛайфТелеком»;

- агентского договора № LXG07877 от 01.08.2021, заключенного между ООО «ЛайфТелеком» и ООО «ТД РОТИНАР».

Также ООО «ТД РОТИНАР» в своих пояснениях подтвердило факт осуществления телефонного звонка на телефонный номер «...».

На основании изложенного ООО «ТД РОТИНАР» является рекламодателем рекламы, обратного в материалы дела не представлено, сторонами не оспаривается.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «ТД РОТИНАР» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространения на телефонный номер «...» посредством телефонного звонка с телефонного номера «...» рекламы следующего содержания:

«- Алло.

- Але, «...», добрый день, меня зовут «...», Ротинар Групп, Вам удобно сейчас говорить?

- Я слушаю.

- Вы к нам обращались по поводу металла, отгружали Вам, подскажите, сейчас есть какая-нибудь потребность?...», поступившей 19.07.2022 в 10:28,

«- Алло,

- Алло, да «...», добрый день!

- Меня зовут «...», Ротинар групп, вы ранее, вы закупали у нас сетку, хотели бы продолжить сотрудничество и звоню Вам узнать может есть какие-то актуальные потребности у вас?

- Я ничего у вас не покупал...», поступившей 05.10.2022 в 12:16, без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24 ноября 2020 года № 1922 (далее — Правила), 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 «ТД РОТИНАР» 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 42-47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «ТД РОТИНАР» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством на телефонный номер «...» посредством телефонного звонка с телефонного номера «...» рекламы следующего содержания:

«- Алло.

- Але, «...», добрый день, меня зовут «...», Ротинар Групп, Вам удобно сейчас говорить?

- Я слушаю.

- Вы к нам обращались по поводу металла, отгружали Вам, подскажите, сейчас есть какая-нибудь потребность?...», поступившей 19.07.2022 в 10:28,

«- Алло,

- Алло, да «...», добрый день!

- Меня зовут «...», Ротинар групп, вы ранее, вы закупали у нас сетку, хотели бы продолжить сотрудничество и звоню Вам узнать может есть какие-то актуальные потребности у вас?

- Я ничего у вас не покупал...», поступившей 05.10.2022 в 12:16, без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

2. Выдать ООО «ТД РОТИНАР» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Председатель Комиссии

<...>

Члены Комиссии

<...>

<...>