

ПАО «Мегафон»

Кадашевская наб., д. 30,
г. Москва, 115035

ООО «Оптима»

Чечерский пр-д, д. 24. пом 1, ком. 2,
г. Москва, 117042

РЕШЕНИЕ

по делу № 3-18-42/77-17

«09» марта 2017 г. 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 № 3-18-42/77-17 возбужденное в отношении ООО «Оптима» по факту распространения посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы «Уважаемый клиент! Московский центр контурной пластики и аппаратной косметологии приглашает Вас посетить наш центр в дни открытых дверей » поступившей ЗП № 2017 в 16:20 с телефонного номера <...>, с признаками нарушения части 1

статьи 18 Федерального 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,

в отсутствие представителей ПАО «Мегафон», ООО «Оптима» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-42/77-17 возбуждено в отношении ООО «Оптима» на основании заявления физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка рекламы «Уважаемый клиент! Московский центр контурной пластики и аппаратной косметологии приглашает Вас посетить наш центр в дни открытых дверей...».

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 «Оптима» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 30.09.2002 за основным государственным регистрационным номером 1167746084461, ИНН 7727280995, КПП 770501001.

Согласно материалам дела № 3-18-42/77-17 на номер телефона < >ЗП № 2017 в 16:20 с телефонного номера <...> поступила спорная реклама.

Поступление указанной рекламы на номер телефона <...> подтверждается аудиозаписью, содержащий текст рассматриваемой рекламы а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной заявителем в материалы дела.

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе рекламой является информация распространяемая 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 и 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.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространяемая информация. Текст рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата в связи с чем реклама, исходя из ее содержания, не имеет ограничений по кругу лиц.

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 посетить центр косметологии, 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 <...> 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 распространённой без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель 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 ВАС 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 от Московского центра контурной пластики и аппаратной косметологии он не давал.

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 «Уважаемый клиент! Московский центр контурной пластики и аппаратной косметологии приглашает Вас посетить наш центр в дни открытых дверей», поступившего 30.09.2017 в 16:20 с телефонного номера +< > с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

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, рекламораспространителем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

В соответствии с документами и сведениями, представленными ПАО «Мегафон» распространение рассматриваемой рекламы осуществлялось ООО «Оптима» на основании договора об оказании услуг связи № <...> от 26.08.2016, заключенного между ПАО «Мегафон» и ООО «Оптима» (далее - Договор).

Согласно пункту 2.1 Договора ПАО «Мегафон» обязуется оказывать ООО «Оптима» услуги связи, а также связанные с ними дополнительные услуги, а ООО «Оптима» обязуется оплачивать услуги.

В соответствии с пунктом 7.1 Договора во всем остальном, что не предусмотрено Договором, стороны руководствуются приложениями к нему. Условиями оказания услуг связи «Мегафон» (далее — Условия), составляющими неотъемлемую часть Договора, а также действующим законодательством Российской Федерации.

Согласно Приложению № 3 к Договору, телефонный номер <...> выделен ООО «Оптима».

В соответствии с пунктом 14.11 Условий, ООО «Оптима» обязано не использовать услуги, оказываемые ПАО «Мегафон», для проведения каких-либо рекламных компаний, конкурсов, концертов, викторин, опросов, массовых рассылок, организации Автоматизированных центров, шлюзов, а также для осуществления иных действий, направленных на извлечение прибыли, без письменного согласования с ПАО «Мегафон».

Согласно пункту 14.12.2 Условий, ООО «Оптима» обязано препятствовать распространению спама и вредоносного программного обеспечения со своего абонентского устройства, в том числе не использовать услуги для массовой или одиночной рассылки, не согласованных предварительно с адресатом электронных писем, рекламного, коммерческого или агитационного характера, а также писем, содержащих грубые и оскорбительные выражения и предположения.

В соответствии с пунктом 2.38 Условий, под услугами понимается именуемые совместно термины «Услуга связи» и «Дополнительные услуги».

Согласно пункту 2.37 Условий, под услугой связи понимается деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи. Под услугами связи в рамках настоящих условий понимаются услуги подвижной радиотелефонной связи, телематические услуги, услуги по передаче данных, оказываемые оператором абоненту в соответствии с правилами оказания услуг соответствующего вида услуг и условиями выданных лицензий.

В соответствии с пунктом 15.9 Условий, ПАО «Мегафон» вправе приостановить предоставление услуг ООО «Оптима» в случае, если ООО «Оптима» причиняет вред ПАО «Мегафон», другим абонентам и/или третьим лицам с использованием услуг, осуществляет неоднократные попытки активации несуществующих карт оплаты, без согласования с ПАО «Мегафон» использует абонентский номер и/или абонентское устройство для организации автоматизированных центров, проведения лотерей, голосований, конкурсов, рекламы, опросов, массовых рассылок, установки шлюзов, а также без согласия с ПАО «Мегафон»

использует системы дозвона, шлюзы и услуги связи, предоставляемые лицами, не имеющими лицензии или разрешения на осуществление подобного рода деятельности, или осуществляет иные действия, направленные на извлечение прибыли, в том числе противоправные.

На основании изложенного ООО «Оптима» является рекламодателем рекламы «Уважаемый клиент! Московский центр контурной пластики и аппаратной косметологии приглашает Вас посетить наш центр в дни открытых дверей...», поступившей 30.09.2017 в 16:20 с телефонного номера <...>.

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ООО «Оптима» не представлено.

Таким образом Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Оптима» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка рекламы следующего содержания: «Уважаемый клиент! Московский центр контурной пластики и аппаратной косметологии приглашает Вас посетить наш центр в дни открытых дверей...» поступившей 30.09.2017 в 16:20 с телефонного номера +7<...> без предварительного согласия абонента на ее получение.

Доказательств, свидетельствующих о прекращении распространения указанной рекламы, ООО «Оптима» 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 «Оптима» предписания

о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

В соответствии с пунктом 14.11 Условий, ООО «Оптима» обязано не использовать услуги, оказываемые ПАО «Мегафон», для проведения каких-либо рекламных компаний, конкурсов, концертов, викторин, опросов, массовых рассылок, организации Автоматизированных центров, шлюзов, а также для осуществления иных действий, направленных на извлечение прибыли, без письменного согласования с ПАО «Мегафон».

Согласно пункту 14.12.2 Условий, ООО «Оптима» обязано препятствовать распространению спама и вредоносного программного обеспечения со своего абонентского устройства, в том числе не использовать услуги для массовой или одиночной рассылки, не согласованных предварительно с адресатом электронных писем, рекламного, коммерческого или агитационного характера, а также писем, содержащих грубые и оскорбительные выражения и предположения.

В соответствии с пунктом 15.9 Условий, ПАО «Мегафон» вправе приостановить предоставление услуг ООО «Оптима» в случае, если ООО «Оптима» причиняет вред ПАО «Мегафон», другим абонентам и/или третьим лицам с использованием услуг, осуществляет неоднократные попытки активации несуществующих карт оплаты, без согласования с ПАО «Мегафон» использует абонентский номер и/или абонентское устройство для организации автоматизированных центров, проведения лотерей, голосований, конкурсов, рекламы, опросов, массовых рассылок, установки шлюзов, а также без согласия с ПАО «Мегафон» использует системы дозвона, шлюзы и услуги связи, предоставляемые лицами, не имеющими лицензии или разрешения на осуществление подобного рода деятельности, или осуществляет иные действия, направленные на извлечение прибыли, в том числе противоправные.

Исходя из вышеизложенного, ООО «Оптима» не исполнило надлежащим образом обязательство перед ПАО «Мегафон», а именно телефонный номер <...> был использован ООО «Оптима» в целях распространения рекламы.

Таким образом, исходя из положений договора, учитывая все обстоятельства данного дела, в том числе пассивность ООО «Оптима» при рассмотрении настоящего дела. Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи предписания ПАО «Мегафон» о принятии мер по предотвращению использования ООО «Оптима» телефонного номера <...> в целях распространения рекламы на телефонный номер <...>.

Выдача предписания ПАО «Мегафон» направлено на дополнительную защиту абонента телефонного номера <...> от нежелательной рекламы, поступающей от ООО «Оптима».

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.

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.

При этом местом и временем совершения правонарушения является место и время получения каждым конкретным абонентом данной рекламы. Согласно представленным в материалах дела документам и сведениям, спорный телефонный звонок был осуществлен 30.09.2017.

Таким образом срок давности привлечения к административной ответственности в настоящем случае не истек.

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 «Оптима» нарушившим часть 1 статьи 18 при распространении на телефонный номер <...> посредством телефонного звонка рекламы: «Уважаемый клиент! Московский центр контурной пластики и аппаратной косметологии приглашает Вас посетить наш центр в дни открытых дверей...», поступившей 30.09.2017 в 16:20 с телефонного номера <...>.

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

1.

1.

3. Выдать ПАО «Мегафон» предписание о принятии мер по предотвращению использования ООО «Оптима» телефонного номера <...> в целях распространения рекламы на телефонный номер <...>.

4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения 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

<...>

<...>

Исполнитель: <...>, тел. 8 (495) 784-75-05 (доб. 154)