

РЕШЕНИЕ

по делу № 077/05/18-4591/2020

г. Москва

Резолютивная часть оглашена 24 июля 2020 года.
Изготовлено в полном объеме ___ сентября 2020 года.

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: <...>ой,

членов Комиссии: <...>ой, <...>ой,

рассмотрев дело № 077/05/18-4591/2020, возбужденное в отношении ООО «Стафори», ООО «Мечтариум» по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы посредством телефонного звонка следующего содержания: *«Привет! Ваш ребенок рассказывал, что он снова хочет к нам в Кидзанию? И мы рады открыть набор в детский лагерь во время осенних каникул. Скажите, пожалуйста, исполнилось ли вашему ребенку 7 лет?...»*, поступившей 03.10.2018 в 17:41 с номера +7(495)118-33-45, с признаками нарушения частей 1, 2 статьи 18 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 с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки),

в отсутствие представителей ООО «Стафори», ООО «Мечтариум», ООО «Фастком» (уведомлены надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 077/05/18-4591/2020 возбуждено в отношении ООО «Мечтариум» на основании заявления физического лица и материалов по факту распространения посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: *«Привет! Ваш ребенок рассказывал, что он снова хочет к нам в Кидзанию? И мы рады открыть набор в детский лагерь во время осенних каникул. Скажите, пожалуйста, исполнилось ли вашему ребенку 7 лет?...»*, поступившей 03.10.2018 в 17:41 с номера +7(495)118-33-45.

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 «Стафори» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 03.04.2015 за основным государственным регистрационным номером 1157847117592, ИНН 7841021393, КПП: 784101001.

ООО «Мечтариум» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 17.08.2010 за основным государственным регистрационным номером 1107746648250, ИНН 7728745594, КПП: 771401001.

Согласно материалам дела спорная реклама на номер телефона <...> поступила 03.10.2018 в 17:41 с телефонного номера +7(495)118-33-45.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается аудиозаписью телефонного разговора, содержащей текст рассматриваемого звонка, а также детализированной выпиской, представленной заявителем и оператором связи.

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.

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.

В распространенной рекламе отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная 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.

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 услугам детского развлекательного центра, 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 телефонного звонка, в котором содержится предложение посетить детский развлекательный центр, Комиссия приходит к выводу, что

спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

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 рекламораспространителя. 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 рекламораспространителя.

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы он не давал.

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 (реklamодатель 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, моментом 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 и 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 рекламораспространителя 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 рекламораспространителя.

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.

Согласно письменным пояснениям ООО «Мечтариум», для распространения рекламы абонентам телефонных номеров Общество собирает данные у посетителей семейно-досугового центра «Кидзания» посредством раздачи бланков «документа-согласия», где посетитель, оставляя ребенка на территории центра, заполняет и подписывает данный бланк, в том числе ставит отметку о согласии на получение от «Кидзания» в дальнейшем рекламы на свой мобильный номер телефона. При этом, в материалы дела ООО «Мечтариум» не представлена заполненная абонентом телефонного номера <...> форма «документа-согласия», а равно иного документального доказательства того, что спорная реклама была направлена при наличии согласия абонента <...>.

Следовательно, доказательств наличия согласия абонента на получение рекламы ООО «Мечтариум» 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 рекламораспространитель не имел предварительного согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи.

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, попадают как случаи, когда выбор абонента (абонентского номера) осуществляется не человеком, 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 входящий вызов, ему транслировалась запись голоса, содержащая текст рекламного сообщения.

Из представленной в Московское УФАС России информации 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.

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 следующего содержания: *«Привет! Ваш ребенок рассказывал, что он снова хочет к нам в Кидзанию? И мы рады открыть набор в детский лагерь во время осенних каникул. Скажите, пожалуйста, исполнилось ли вашему ребенку 7 лет?...»*, поступившей 03.10.2018 в 17:41 с номера +7(495)118-33-45, с нарушением частей 1, 2 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, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

Как следует из материалов дела, спорная реклама распространялась на основании следующих договоров:

- абонентский договор на предоставление услуг № 05052017-02 от 05.05.2017, заключенный между ООО «Фастком» и ООО «Стафори»;
- договор об оказании услуг № 25062018-ШК01 от 25.06.2018, заключенный между ООО «Стафори» и ООО «Мечтариум» (далее — Договор 2).

Согласно пункту 2.1 Договора 2 ООО «Стафори» обязуется при наличии технической возможности оказать услуги по обработке и передаче откликов клиентов по результатам проведения телефонных переговоров ООО «Мечтариум» с клиентами и доведения информации до них посредством голосовых и иных сообщений, по текущим и завершенным гражданско-правовым отношениям с целью привлечения клиентов в Семейно-досуговый

центр «Кидзания», с помощью функциональных возможностей сервиса, принадлежащего ООО «Стафори», а ООО «Мечтариум» принимать и оплачивать услуги на условиях договора.

При этом в соответствии с разделом 1 Договора 2 определяется значение следующих понятий:

Сервис — совокупность сайта (автоматизированная информационная система, доступная в сети Интернет по адресу: <https://robotvera.com>) размещенного в нем контента, а также функциональных возможностей по автоматизации прямого взаимодействия с клиентами и их информирования, к которым ООО «Мечтариум» представляется доступ с использованием платформы (программно-аппаратные средства ООО «Стафори», интегрированные с сайтом).

Услуги — это информационные услуги по предоставлению доступа ООО «Мечтариум» к функциональным возможностям сервиса по автоматизации телефонных переговоров с клиентами ООО «Мечтариум», доведения информации до них голосовыми и иными сообщениями, включающие в том числе поручение на обработку персональных данных клиентов ООО «Мечтариум» в рамках части 3 статьи 6 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных».

Личный кабинет — персональный раздел сайта, к которому ООО «Мечтариум» получает доступ после прохождения регистрации и/или авторизации на сайте. Личный кабинет предназначен для использования функциональных возможностей сервиса, хранения персональной информации ООО «Мечтариум», просмотра статистической информации об оказанных услугах, стадии их оказания, и получения уведомлений в порядке нотификации.

Согласно пункту 3.1.6 Договора 2 ООО «Стафори» обязуется не использовать функциональные возможности сервиса для организации телефонных переговоров с клиентами в рекламных целях, в целях информирования их о конкретных товарах, работах, услугах.

В силу пункта 3.2.3 Договора 2 ООО «Стафори» вправе приостанавливать оказание услуг в случае нарушения ООО «Мечтариум» требований, предусмотренных договором, а также в иных случаях, установленных законодательством Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 3.3.6 Договора 2 ООО «Мечтариум» обязуется при формировании скриптов телефонных переговоров с клиентами и доведения информации до них соблюдать требования Закона о рекламе.

Как следует из письменных пояснений ООО «Стафори» звонки осуществлялись с использованием функциональных возможностей сервиса через личный кабинет ООО «Мечтариум» с использованием уникальных логина и пароля, при этом персональные данные адресатов (Ф.И.О., номер телефона, адрес электронной почты и др.) предоставлялись ООО «Мечтариум».

Таким образом, из анализа представленных в материалы дела договоров, Комиссия Управления приходит к выводу, что спорный телефонный звонок был осуществлен активными действиями ООО «Мечтариум», которые выразились в добавлении данных абонента <...> в собственную базу данных, формировании текста рекламы, совершении телефонного звонка. При этом, тот факт, что техническую возможность для осуществления телефонного звонка обеспечило ООО «Стафори» путем предоставления логин-пароля к собственным программно-аппаратным средствам, обуславливает исключительно механическую роль данного субъекта в процессе распространения рекламы с номера +7(495)118-33-45 на номер заявителя, при этом фактические действия по доведению спорной рекламы до абонента телефонного номера <...> осуществило именно ООО «Мечтариум». Доказательств обратного сторонами по делу не представлено.

В связи с изложенным ООО «Стафори» в рамках рассматриваемого дела признается заинтересованным лицом.

На основании изложенного ООО «Мечтариум» является рекламораспространителем рекламы следующего содержания: *«Привет! Ваш ребенок рассказывал, что он снова хочет к нам в Кидзанию? И мы рады открыть набор в детский лагерь во время осенних каникул. Скажите, пожалуйста, исполнилось ли вашему ребенку 7 лет?...»*, поступившей 03.10.2018 в 17:41 с номера +7(495)118-33-45.

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 распространения потребителю, ООО «Мечтариум» не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «Мечтариум» установлено нарушение частей 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: *«Привет! Ваш ребенок рассказывал, что он снова хочет к нам в Кидзанию? И мы рады открыть набор в детский лагерь во время осенних каникул. Скажите, пожалуйста, исполнилось ли вашему ребенку 7 лет?...»*, поступившей 03.10.2018 в 17:41 с номера +7(495)118-33-45, без предварительного согласия абонента на получение рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

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

Исходя из положений вышеуказанных договоров, учитывая все обстоятельства данного дела, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи предписаний ООО «Фастком», ООО «Стафори» о принятии мер по предотвращению использования ООО «Мечтариум» телефонного номера +7(495)118-33-45 в целях распространения рекламы на телефонный номер <...>.

Выдача предписаний ООО «Фастком», ООО «Стафори» направлена на дополнительную защиту абонента телефонного номера <...> от нежелательной рекламы, поступающей от ООО «Мечтариум».

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 «Мечтариум» нарушившим части 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: *«Привет! Ваш ребенок рассказывал, что он снова хочет к нам в Кидзанию? И мы рады открыть набор в детский лагерь во время осенних каникул. Скажите, пожалуйста, исполнилось ли вашему ребенку 7 лет?...»*, поступившей 03.10.2018 в 17:41 с номера +7(495)118-33-45, без предварительного согласия абонента на ее получение, с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозванивания, автоматической рассылки).

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

3. Выдать ООО «Фастком», ООО «Стафори» предписания о принятии мер по предотвращению использования ООО «Мечтариум» телефонного номера +7(495)118-33-45 в целях распространения ненадлежащей рекламы.

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

Председатель Комиссии <...>a

Члены Комиссии <...>a

<...>a