

ПО/24875/19 от 22.05.2019

ПАО «Мегафон»

127006, г. Москва,
Оружейный пер., д. 41

ООО «МДЦ»

Бол. Полянка ул., д. 51 А/9, эт. 1, пом. 3,
ком. 26А,
г. Москва, 119180

Нововладыкинский пр-зд, д. 12А,
эт. мансарда, пом. 37,
г. Москва, 127273

РЕШЕНИЕ
по делу № 3-18-303/77-18

«03» апреля 2019 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 № 3-18-303/77-18, возбужденное в отношении ООО «МДЦ» (место нахождения: Нововладыкинский пр-зд, д. 12А, эт. Мансарда, пом. 37, г. Москва, 127273; ОГРН 1187746582803, ИНН 7706453982) по факту распространения посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: *«Данная информация только для жителей Москвы и ближайшего Подмосковья. В ближайшие три дня, в центре Москвы, без оплаты, пройти комплексное обследование организма...»*, поступившей 23.10.2018 в 10:31 с телефонного номера <...> , с признаками нарушения 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 отсутствие согласия абонента на получение рекламы и с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека,

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

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-303/77-18 возбуждено в отношении ООО «МДЦ» на основании заявления физического лица по факту распространения посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: *«Данная информация только для жителей Москвы и ближайшего Подмосковья. В ближайшие три дня, в центре Москвы, без оплаты, пройти комплексное обследование организма...»*, поступившей 23.10.2018 в 10:31 с телефонного номера <...> .

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 «МДЦ» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 20.06.2018 за основным государственным регистрационным номером 1187746582803, ИНН 7706453982 , КПП 770601001.

Согласно материалам дела № 3-18-303/77-18 на номер телефона <...> 23.10.2018 в 10:31 с телефонного номера <...> поступила спорная реклама.

Поступление указанной рекламы на телефонный номер <...> подтверждается аудиозаписью телефонного разговора, содержащий текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской, представленной заявителем и 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 — 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, исключаящим 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 распространенная 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.

Данная информация направлена на привлечение внимания к услугам, предоставляемым медицинским диагностическим центром, 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 посетить медицинский диагностический центр, Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

В данном случае объектом рекламирования являлись услуги по комплексному обследованию организма.

Рекламораспространитель, осуществляя телефонный звонок определенному абоненту, имел цель довести до него информацию исключительно рекламного характера, а не какую-либо иную (справочную, личную и т. д.).

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 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 от медицинского центра он не давал.

Согласно статье 1 Закона о рекламе, одной из его целей является реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы.

Исходя из положения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, законодатель, учитывая желание рекламораспространителей использовать сети электросвязи для распространения рекламы, а также права и интересы граждан, дал абонентам (адресатам) возможность самим выбирать от каких лиц они готовы получать рекламную информацию подобным способом.

Целью закрепления в части 1 статьи 18 Закона о рекламе обязанности рекламораспространителя получать предварительное согласия абонентов на получения рекламы является защита граждан от поступления на их телефонные номера, адреса электронной почты нежелательных рекламных телефонных звонков и сообщений (смс, e-mail).

Необходимо 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 рекламораспространитель сам инициирует взаимодействие с абонентом или адресатом, при этом такая инициация разрешена лишь если потребитель заранее выразил желание получать рекламу от конкретного

рекламораспространителя.

Второй способ регулируется частями 3 и 4 статьи 18 Закона о рекламе, при которых абонент сам осуществляет действия, направленные на взаимодействие с рекламораспространителем, 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 иницирующего взаимодействие (рекламораспространитель или абонент), свидетельствует о вышеуказанной цели регулирования части 1 статьи 18 Закона о рекламе — недопустимости совершения самого телефонного звонка, призванного привлечь внимание в 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) неголосовую информацию.

Исходя из вышеизложенного следует, что в случае, когда взаимодействие иницируется рекламораспространителем, 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, рекламораспространитель и не ставит себе иной конечной цели кроме как сформировать интерес к товару (работе, услуге).

Обязанность рекламораспространителя 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.

Согласно пункту 1 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», абонентом является пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

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 поступления такого телефонного звонка.

Более того, в рассматриваемом случае рекламная информация была доведена до абонента до появления какой-либо возможности отказаться от ее получения. Автомат сразу озвучил, что данная услуга предоставляется жителям Москвы и ближайшего Подмосковья, после чего озвучил предлагаемую услугу. А равно какая-либо возможность выразить свое согласие либо несогласие на получение рассматриваемой информации у абонента отсутствовала. Также Комиссией Московского УФАС России отмечено, что распространение рекламы началось уже в момент начала аудиозаписи с записанным текстом, что также свидетельствует об отсутствии у совершавшего телефонный звонок лица согласия и явно выраженного желания абонента на получение информации.

Исходя из пояснений, приведенных заявителем, разрешение на распространение рекламы он не давал, клиентом рекламируемой организации не является, ранее услугами не пользовался, следовательно данная организация не имела каких-либо данных об абоненте.

Исходя из вышеизложенного, в рассматриваемом случае рекламодатель не имел предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, что иными способами сторонами по делу не опровергнуто.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «МДЦ» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении на телефонный номер <...> рекламы: *«Данная информация только для жителей Москвы и ближайшего Подмосковья. В ближайшие три дня, в центре Москвы, без оплаты, пройти комплексное обследование организма...»*, поступившей 23.10.2018 в 10:31 с телефонного номера <...>, без согласия абонента на ее получение.

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. В заключение с абонентом связывался оператор, дублируя предложение, ранее озвученное компьютером.

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.

Между тем, 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.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России установлено нарушение части 2 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы: *«Данная информация только для жителей Москвы и ближайшего Подмосковья. В ближайшие три дня, в центре Москвы, без оплаты, пройти комплексное обследование организма...»*, поступившей 23.10.2018 в 10:31 с телефонного номера <...> , с <...> 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 вышеуказанной рекламы, с нарушением частей 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащей.

На основании вышеизложенного Комиссией Московского УФАС России установлено нарушение частей 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе при распространении посредством телефонного звонка на телефонный номер <...> рекламы: *«Данная информация только для жителей Москвы и ближайшего Подмосковья. В ближайшие три дня, в центре Москвы, без оплаты, пройти комплексное обследование организма...»*, поступившей 23.10.2018 в 10:31 с телефонного номера <...> , выразившиеся в распространении рекламы по сетям электросвязи, в том числе в отсутствие согласия абонента на получение рекламы и с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

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.

В соответствии с представленными ПАО «Мегафон» сведениями, номер <...> выделен ООО «МДЦ» на основании договора об оказании услуг № 100132717 от 27.07.2018 (далее — Договор).

Согласно пунктам 14.10 и 14.11 Условий оказания услуг связи ПАО «Мегафон» (далее — Условия) к Договору, ООО «МДЦ» обязуется не использовать услуги связи в противоправных целях, а также не использовать услуги связи в целях проведения рекламных кампаний без соответствующего согласования оператора.

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

На основании изложенного ООО «МДЦ» является рекламодателем рекламы: *«Данная информация только для жителей Москвы и ближайшего Подмосковья. В ближайшие три дня, в центре Москвы, без оплаты, пройти комплексное обследование организма...»*, поступившей 23.10.2018 в 10:31 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 «МДЦ» не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ООО «МДЦ» установлено нарушение частей 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся 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).

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

Кроме того, согласно пункту 15.6 Условий, ПАО «Мегафон» вправе приостановить оказание услуг ООО «МДЦ» по Договору, в порядке, определенном правилами, в случае нарушения ООО «МДЦ» действующего законодательства и настоящих Условий.

Таким образом, исходя из положений договора, учитывая все обстоятельства данного дела, в том числе пассивность ООО «МДЦ» при рассмотрении настоящего дела, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи предписания ПАО «Мегафон» о принятии мер по предотвращению использования ООО «МДЦ» 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 «МДЦ».

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 «МДЦ» нарушившим части 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе при распространении на телефонный номер <...> рекламы следующего содержания: *«Данная информация только для жителей Москвы и ближайшего Подмосковья. В ближайшие три дня, в центре Москвы, без оплаты, пройти комплексное обследование организма...»*, поступившей 23.10.2018 в 10:31 с телефонного номера <...> , без предварительного согласия абонента на получение рекламы и с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека.

2. Выдать ООО «МДЦ» предписание о прекращении нарушения

законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

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

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии <...>

<...>

Исполнитель: <...> ,
<...>