

РЕШЕНИЕ

по делу № 021/05/18-1044/2022

09 февраля 2023 года г. Чебоксары

Комиссия Чувашского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Комиссия) в составе:

председатель Комиссии "...";

члены Комиссии: "...",

рассмотрев дело № 021/05/18-1044/2022, возбужденное в отношении ИП "... (ОГРИП 306463230000092) по признакам нарушения частей 1, 2 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), в отсутствие лиц, участвующих в деле, надлежащим образом извещенных о месте и времени рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

Определением о возбуждении дела № 021/05/18-1044/2022 и назначении дела к рассмотрению от 01.12.2022 № АШ/8088/22 ИП "... (ОГРИП 306463230000092) признан лицом, в действиях которого содержатся признаки нарушения частей 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе по следующим основаниям. 31.10.2022 (вх. № 11480-ЭП/22) в Чувашское УФАС России поступило заявление гражданина "... (далее – Заявитель) с обращением о получении неправомерного звонка рекламного характера. Согласно заявлению, на выделенный Заявителю ПАО «МегаФон» номер мобильного телефона "... 06.10.2022 в 16 час. 26 мин. поступил входящий вызов с номера "... , согласно представленной Заявителем аудиозаписи, следующего содержания: «Добрый день! Предлагаем квартиры в новостройках в Москве и Московской области. Для получения предложения от застройщика - нажмите «1», заблокировать нас – нажмите «2». Спасибо. Хорошего дня». При этом Заявитель указывал, что не давал согласия на получение данного звонка

рекламного характера. Из ответа ПАО «ВымпелКом», являющегося оператором связи абонентского номера "...", следует, что на основании договора об оказании услуг связи «Билайн» от 05.02.2020 № 749272395, данный номер выделен ИП "...", (ОГРИП 306463230000092). Из представленной информации ИП "...", установлено, что данный звонок был произведен пользователем сервиса "...". Договор о предоставлении возможности названному лицу использовать номер телефона, зарегистрированный за ИП "...", в письменном виде не заключался, поскольку, как указывал ИП "...", стороны осуществляли свое взаимодействие на основании пользовательского соглашения, являющегося публичной офертой. ИП "...", в том числе, указывает, что он, в соответствии с пунктом 14 статьи 3 Закона о рекламе, является «оператором рекламной системы», т.е. лицом, осуществляющим деятельность по обеспечению функционирования рекламной системы с помощью сервера, расположенного на доменном имени botto.ru. В этой связи, ИП "...", предоставляет пользователям – физическим и юридическим лицам, индивидуальным предпринимателям реализацию возможностей, предусмотренных функционалом сервиса. Таким образом, ИП "...", не признавая вменяемые ему признаки нарушения частей 1,2 статьи 18 Закона о рекламе, указал, что ответственность за осуществление рассматриваемого звонка несет вышеназванная "...".

Исследовав информацию и доказательства, имеющиеся в материалах дела, Комиссия пришла к следующему. Обстоятельства дела свидетельствуют, что 06.10.2022 в 16 час. 26 мин. на номер мобильного телефона "...", поступил входящий вызов с номера "...", согласно представленной Заявителем аудиозаписи, содержащий предложение квартир в новостройках в Москве и Московской области. Рассматриваемое сообщение в виде телефонного звонка с направленностью на привлечение внимания к предложению выбора недвижимости, определяется как реклама, поскольку обладает всеми квалифицирующими признаками рекламы применительно к [пункту 1 статьи 3](#) Закона о рекламе. Под рекламой, определенной пунктом 1 статьи 3 Закона о рекламе, понимается 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. Объектом рекламирования, по смыслу Закона о рекламе (пункт 2 статьи 3), может выступать 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. 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. 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. Местом и временем совершения распространения рекламы является место и время получения каждым конкретным абонентом данной рекламы, в том числе, в случае если реклама имеет идентичное содержание. В данном случае распространение рекламы осуществлялось на территории Чувашской Республики, поскольку ее доведение до потребителя осуществлялось на территории данного субъекта. Требования к рекламе, распространяющейся по сетям электросвязи, установлены статьей 18 Закона о рекламе. Согласно части 1 статьи 18 Закона о рекламе определено, что распространение рекламы посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи допускаются 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. Кроме того, Закон о рекламе устанавливает однозначный запрет на распространение рекламы по сетям электросвязи при отсутствии согласия абонента и на использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки). Запись телефонного соединения, предоставленная Заявителем, содержит воспроизведенный заранее записанный аудиофрагмент, (автоматизированная запись), что позволяет сделать вывод о том, что в ходе осуществления звонка использовались средства выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозвонивание). Частью 2 статьи 18 Закона о рекламе установлено, что не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического

дозванивания, автоматической рассылки). Согласно правовой позиции Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 №58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. В соответствии с данной нормой, согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента и получить возможность подтверждения заполнения им такого согласия. Доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя. В своем обращении Заявитель указал, что не давал своего согласия на получение рассматриваемого звонка рекламного характера. Установленные материалами дела обстоятельства, указывали, что согласие абонента "... " на получение рекламы должно быть получено абонентом номера, "... ", выделенного в пользование ПАО «ВымпелКом» ИП "... ". При этом ИП "... ", не считая себя рекламодателем, указал, что является оператором рекламной системы, предоставив, выделенный ему номер, пользователю системы. Согласно пункту 14 статьи 3 Закона о рекламе оператор рекламной системы - лицо, осуществляющее деятельность по обеспечению функционирования рекламной системы. В соответствии с пунктом 13 статьи 4 Закона о рекламе, рекламная система - информационная система и (или) программа для электронных вычислительных машин, которые предназначены и используются для организации распространения в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" рекламы посредством принадлежащих третьим лицам информационных ресурсов (сайтов в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет", страниц сайта в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет", информационных систем и (или) программ для электронных вычислительных машин).

Комиссия, исходя из фактически установленных обстоятельств, отмечает, что довод ИП "... " относительно того, что он является оператором рекламной системы и не может нести ответственности за нарушение Закона о рекламе, не находит своего подтверждения. В рассматриваемом случае распространение рекламы осуществлялось не в сети Интернет, а посредством использования подвижной радиотелефонной связи. Подвижная радиотелефонная связь - это способ связи, при котором доступ абонента к каналу связи

осуществляется без использования кабеля, а связь с абонентским устройством осуществляется по радиоканалу. Кроме того, ПАО "ВымпелКом" сообщило, что абонентом номера, с которого был осуществлен телефонный звонок, является ИП "..." на основании договора об оказании услуг связи «Билайн» от 05.02.2020 № 749272395. Условия оказания услуг связи "Билайн" предполагают, что ответственность за доступ и использование выделенного номера связи, в том числе, в целях распространения рекламы, несет владелец соответствующего абонентского номера. С учетом изложенного, ИП "..." несет ответственность за распространение рекламы ненадлежащим способом. Доказательств получения согласия Заявителя на получение рекламных сообщений по сетям электросвязи ИП "..." не представил. Таким образом, ИП "..." не имел надлежащего согласия Заявителя на получение рекламной информации, как того требует Закон о рекламе. В этой связи, ИП "..." осуществил звонок рекламного характера Заявителю в нарушение требования частей 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе. Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе за нарушение статьи 18 данного закона ответственность несет рекламораспространитель. Рекламораспространитель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (статья 3 Закона о рекламе). На основании собранных по делу материалов, установлено, что рекламораспространителем является ИП "...". В соответствии с пунктом 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям, операторам рекламных систем обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. В связи с тем, что материалы дела не располагают доказательствами прекращения ИП "..." осуществления противоправных звонков Заявителю, Комиссия находит основания для выдачи предпринимателю предписания о прекращении нарушения частей 1, 2 статьи 18 Закона о рекламе. Руководствуясь пунктом 1 части 2 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, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 N 1922, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать Индивидуального предпринимателя"..." (ОГРИП

306463230000092) нарушившим части 1, 2 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», в связи с осуществлением 06.10.2022 в 16 час. 26 мин. на номер "..." с номера "..." противоправного звонка рекламного характера.

2. Выдать Индивидуальному предпринимателю "..." предписание о прекращении нарушения частей 1, 2 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ИП "..." .

Председатель Комиссии "..." ,

Члены Комиссии: "..."

Решение в полном объеме изготовлено 09.02.2023 и может быть обжаловано в суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

