

РЕШЕНИЕ

по делу № 049/05/18-302/2021

«23» декабря 2021 г. г. Магадан

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Магаданской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии

М.А. Романенко – руководитель управления;

Члены Комиссии:

– ведущий специалист-эксперт отдела контроля закупок и антимонопольного законодательства;

– ведущий специалист-эксперт отдела контроля закупок и антимонопольного законодательства;

в отсутствие представителя ИП К. В.А. (извещен надлежащим образом),

рассмотрев дело № 049/05/18-302/2021 по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13 марта 2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе) в связи с получением нежелательного рекламного звонка 22.07.2021 в сети оператора сотовой связи ПАО «Вымпел-Коммуникации» на мобильный телефон заявителя без предварительного согласия абонента,

УСТАНОВИЛА:

Телефонный звонок был осуществлен заявителю в сети оператора сотовой связи ПАО «ВымпелКом» с абонентского номера+7-9 22.07.2021 в 17:36.

Текст рекламного звонка:

«-Алло.

-...слово неразборчиво...

-Да, здравствуйте.

-Здравствуйте, очень приятно, меня зовут Руслан, я являюсь партнером банка «Открытие». Хотел у Вас поинтересоваться, Вы уже открыли счет или планируете?

-Ваш звонок какой характер несет?

-Открыть счет в нашем банке. Спец., слово неразборчиво..хим.

-Мы заявку какую-то оставляли на ваш звонок?

-Программа автоматически работает. Когда Вы его открываете, сразу авторизируется база данных банка и уже звонит Вам. У нас наиболее выгодные условия в банке.

-Ответственность знаете, какая за данный звонок?

-Еще раз, что ответить?

-Ответственность знаете, какая за данный звонок на вашей организации лежит, когда Вы звоните без согласия человека?

-Программа автоматически звонит. Я никак не могу что-то решать.

-Будете потом рассказывать другой организации, которая Вас оштрафует. Ладно, спасибо».

В качестве подтверждения получения указанной рекламы к заявлению приложен скриншот с мобильного телефона заявителя, согласно которому звонок поступил с мобильного телефона +7-9.

Антимонопольным органом 26.07.2021 в адрес ПАО «ВымпелКом» направлен запрос, в ответ на который Общество сообщило, что отправителем указанного сообщения (рекламодателем) является ИП К.В.А.

Согласно пояснениям, представленным ПАО «ВымпелКом», между Обществом и ИП К. В.А. заключен Договор об оказании услуг связи «Билайн» № от 17.02.2021, на основании которого абонентский номер +7-.....9 выделен ИП К. В.А. (

10.09.2021 Магаданским УФАС России направлен запрос в ПАО Банк «ФК Открытие» (исх.01-10/2409 от 10.09.2021).

Согласно ответу ПАО Банк «ФК Открытие», 16.09.2020 индивидуальный предприниматель К. В.А. (далее-Агент) подписал заявление о присоединении к Договору о привлечении клиентов на банковское обслуживание с агентом - юридическим лицом/ индивидуальным предпринимателем/физическим лицом, занимающимся в установленном законом порядке частной практикой (далее-Заявление), тем самым присоединился к Договору о привлечении клиентов на банковское обслуживание с агентом - юридическим лицом/индивидуальным предпринимателем/физическим лицом, занимающимся в установленном законом порядке частной практикой (далее-Договор).

В соответствии с п.п.2.2 Договора банк поручает Агенту выполнение следующих действий:

-2.2.1 Поиск и привлечение клиентов в целях продвижения услуг банка, включая цели заключения между клиентом и Банком:

-единого договора комплексного банковского обслуживания, с целью открытия банковского счета и получения услуг банка в рамках единого договора комплексного банковского обслуживания;

-кредитного договора;

-соглашения о выдаче Банковской гарантии;

-договора депозита;

-прочих договоров.

-2.2.2 Первичное консультирование Клиентов о порядке и условиях Услуг банка, проведение переговоров с Клиентами с целью заключения между Клиентами и Банком Договоров по услугам банка.

От Агента в банк посредством личного кабинета партнера или иным каналам связи не поступали какие-либо данные Заявителя. У Банка отсутствует возможность предоставления пояснения по факту рекламы, поступившей на номер телефона заявителя без его согласия с телефонного номера +79672186829, так как указанный звонок совершался не сотрудниками Банка, указанный телефонный номер Банку не принадлежит.

В силу чч.1 и 2 ст. 44.1 Закона о связи рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено. Рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки (что имело место в рассматриваемом случае) осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка.

Таким образом, положения ст. 44.1 Закона о связи возлагают обязанность получения предварительного согласия от абонента на получение коротких текстовых сообщений по сетям электросвязи, а также ответственность за рассылку коротких текстовых сообщений по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента – на заказчика рассылки.

Таким образом, ПАО Банк «ФК Открытие» указало рекламодателем индивидуального предпринимателя К. В. А..

Магаданским УФАС России в адрес ИП К.В.А. направлены запросы о предоставлении информации (исх. № 01-10/2151 от 06.08.2021 и исх. № 01-10/2298 от 26.08.2021), однако до настоящего времени ответы в адрес антимонопольного органа не поступили.

Учитывая изложенное, Определением № 210 от 24.09.2021 в отношении ИП К. В.А. возбуждено дело о нарушении законодательства о рекламе № 049/05/18-302/2021.

Указанным Определением у ИП К. В.А. запрошены сведения и информация, необходимые для правильного и всестороннего рассмотрения дела.

Однако до начала заседания Комиссии указанная информация в адрес антимонопольного органа не поступила.

Определением № 230 от 21.10.2021 срок рассмотрения дела продлен до 24.12.2021, у ИП К. В.А. запрошены необходимые документы и информация.

Однако до начала заседания Комиссии указанная информация в адрес антимонопольного органа не поступила.

В силу ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее также — Закон о рекламе, ФЗ «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 рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно позиции ФАС России, изложенной в письме № АК/16266 от 28.04.2011 «О некоторых вопросах применения законодательства о рекламе» обязанность по получению согласия и подтверждению наличия соответствующего согласия лежит на рекламодателе. При этом рекламодателем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя. Поставщик услуг связи (телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи), который только обеспечил подключение к сети электросвязи и не осуществляет непосредственно распространение рекламы, и рекламодателем не является.

Оператор связи не является распространителем информации или сведений, содержащихся в совершенном рекламном звонке, поскольку выполняет техническую функцию передачи.

Таким образом, ПАО «ВымпелКом» не является рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламоагентом при совершении указанного звонка рекламного содержания. Общество осуществляет только передачу информации, сформированной отправителем, при этом целью является оказание услуг, а не распространение рекламы.

Магаданским УФАС России установлено, что рекламная информация, содержащаяся в данном телефонном звонке, привлекает внимание к объекту рекламирования, а именно к деятельности ПАО «Банк ФК Открытие» по осуществлению услуг по открытию расчетного счета.

Учитывая изложенное, Определением № 210 от 24.09.2021 в отношении ИП К. В.А. возбуждено дело о нарушении законодательства о рекламе № 049/05/18-302/2021.

Указанным Определением у ИП Караханяна В.А. запрошены сведения и информация, необходимые для правильного и всестороннего рассмотрения дела.

Однако до начала заседания Комиссии указанная информация в адрес антимонопольного органа не поступила.

Определением № 230 от 21.10.2021 срок рассмотрения дела продлен до 24.12.2021, у ИП К. В.А. запрошены необходимые документы и информация.

Однако до начала заседания Комиссии указанная информация в адрес антимонопольного органа не поступила.

Сведений о том, что лицо, направившее рекламное сообщение с телефонного номера +7-...9, предварительно получило согласие абонента на представление рекламной информации об услугах Общества, не имеется.

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС № 58 от 08.10.2012 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Несмотря на то что, Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи и, следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, ВАС установил, что данная форма должна быть достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Как следует из материалов дела, заявитель согласия на получение рекламы не давал.

Таким образом, рекламное сообщение, направленное 22.07.2021 в 17:36 по сети подвижной радиотелефонной связи на телефонный номер гражданина М. Д.В. без его предварительного согласия, содержит признаки нарушения требования ч. 1 ст. 18 Закона «О рекламе».

В соответствии с п. 7 ст. 3 Закона о рекламе лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, является рекламодателем.

Ч. 7 ст. 38 Закона о рекламе определено, что рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

В рассматриваемом случае распространенная информация по своему содержанию привлекает внимание неопределенного круга лиц к деятельности по предоставлению услуг по открытию расчетного счета в ПАО Банк «ФК Открытие», формирует и поддерживает интерес к деятельности продавца данного вида услуги, тем самым способствуя продвижению такой деятельности на рынке, что по всем признакам соответствует понятию рекламы.

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

Собранными материалами подтверждается, что ИП К. В. А.ч (ИНН. адрес:.) является рекламодателем, так как именно им совершен звонок с рекламным сообщением на мобильный телефон заявителя.

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС № 58 от 08.10.2012 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес

электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Несмотря на то что, Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи и, следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, ВАС установил, что данная форма должна быть достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Как следует из материалов дела, заявитель согласия на получение рекламы не давал.

В силу части 4 статьи 38 Закона о рекламе нарушение рекламодателями и рекламодателями рекламного законодательства влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с частями 6, 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несет только рекламодатель.

Руководствуясь частью 1 статьи 18, частью 1 статьи 36 Закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42-48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу, направленную путем совершения телефонного звонка с абонентского номера +7-....9 в сети оператора сотовой связи ПАО «Вымпел-Коммуникации» 22.07.2021 на абонентский номер заявителя М. Д.В. без его предварительного согласия, ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. В связи с тем, что допущенное нарушение устранено, рекламодателю-ИП К.В.А.-предписание о прекращении распространения ненадлежащей рекламы, указанной в пункте 1, не выдавать.

3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Магаданского УФАС России для решения вопроса о возбуждении дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 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: .

