

23 сентября 2022 года

г. Пенза, ул. Урицкого, 127

Резолютивная часть решения объявлена 23 сентября 2022 года.

Решение Пензенского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее – Комиссия) в составе:

рассмотрев дело № 058/05/18-620/2022, возбужденное в отношении К... по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

Пензенское УФАС получило обращение абонента АО «СанСим» (г. Москва), направленное Федеральной антимонопольной службой (от 28.06.2022 вх. №3130-э) по вопросу поступления 28.06.2022 в 10:37 телефонного звонка с номера +7 на номер его телефона +7 с рекламой компании «Топ Гиря». Заявитель согласия на получение рекламы на абонентский номер оператору связи или иным лицам не давал. По мнению заявителя, указанные действия по распространению рекламы являются нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе. Заявителем представлена запись телефонного разговора.

По информации с выпиской из реестра Российской системы и плана нумерации телефонный номер +7 принадлежит оператору АО «СанСим».

По информации с выпиской из реестра Российской системы и плана нумерации телефонный номер +7 принадлежит оператору ПАО «МТС».

По результатам установления рекламодателем Пензенским УФАС России направлены уведомления в АО «СанСим» (исх. от 01.07.2022 № 2143-2) и в ПАО «МТС» (исх. от 01.07.2022 №2340-2).

По сообщению Пензенского УФАС России 26.07.2022 (вх.№3451-э) поступил ответ АО «СанСим», согласно которому установлено следующее.

Абонентский номер +7 выделен К... по договору оказания услуг связи (договор приложен в материалы дела).

Согласно представленной детализации звонков на абонентский номер +7 за 28.06.2022, согласно которой 28.06.2022 в 10:37:07 осуществлен звонок с телефонного номера +7.

Согласно информации, представленной ПАО «МТС» (оператор) абонентский номер +7 выделен К... на основании договора об оказании услуг подвижной связи МТС с 12.03.2016.

Пензенским УФАС России определением от 26.08.2022 по факту распространения указанной рекламы возбуждено дело № 058/05/18-620/2022 по признакам нарушения части 1 статьи 18 «О рекламе» в отношении К. Рассмотрение дела назначено на 23.09.2022 в

эсованы почтовое отправление, почтовый перевод денежных средств, телеграфное или сообщение.

им образом, абонент и адресат выступают «пассивной» стороной отношений по задаче информации, они выступают получателями, но не отправителями сообщений.

рмация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

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.

ле того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует иметь тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что идентифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения данной информации до ее получателей.

ой 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.

лствие 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 путем лиц она была получена.

ксте рекламы присутствует имя и фамилия лица, на восприятие которого направлена распространяемая информация.

ако Комиссия приходит к выводу, что обращение к абоненту в данном случае не является фактом, определенно идентифицирующим получателя распространяемой информации. Подобное обращение к потенциальному клиенту является нормальным принятым поведением в обществе, соответствующим правилам обычного и делового этикета и лишь свидетельствует о клиентоориентированной направленности деятельности самораспространителя при продвижении своей продукции на рынке.

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, хотя 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 фамилии абонента), и представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

умируя изложенное, Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к

зкту рекламирования. Указанная позиция согласуется и с письмом ФАС России от 20.08.2016 № АД/43482/16.

Затрагиваемая информация направлена на привлечение внимания к услугам компании «Топ-Гиря» (предложение: новое фитнес-оборудование для занятий на свежем воздухе. Гиря – специальная гиря, которую вы можете взять с собой в путешествие, при этом наполнить ее гирей или песком до 12 кг.), имеет целью формирование и поддержание интереса к ним и к их продвижению.

В сообщении по себе текст телефонного звонка не содержит сведений, позволяющих говорить о территориальной направленности спорного телефонного звонка.

Согласно пункту 2 статьи 3 ФЗ «О рекламе» объектом рекламирования является товар, услуга, действия 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 ФЗ «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 пользоваться услугами компании «Топ-Гиря», 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 +7 495 777 7777 телефонного звонка, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством телефонного звонка; адресована неопределенному кругу лиц; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

Согласно части 1 статьи 18 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.

Постановлением Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в пункте 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал следующее: «Согласно части 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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или факса поступило соответствующее рекламное сообщение. Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть получено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения».

изъявления 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».

альное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие абонента должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность устанавливать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

асно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера 51663163, согласие на получение рекламы он не давал. Доказательств обратного в материалах дела не представлено.

иссия считает необходимым отметить, что в контексте именно телефонных звонков статьей 18 ФЗ «О рекламе» очевидно разграничены два способа получения рекламы абонентом по сетям электросвязи.

ый 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 получить рекламу от конкретного рекламодателя.

ой 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.).

е особое законодательное регулирование распространения рекламы одним из способов связи (телефонное соединение), постановка такого регулирования в прямую зависимость от субъекта, непосредственно инициирующего взаимодействие (рекламодатель или абонент), свидетельствует о вышеуказанной цели регулирования части 1 статьи 18 Закона о рекламе – недопустимости совершения самого фоновый звонок, призванного привлечь внимание к объекту рекламирования.

е того, согласно пункту 2 Правил оказания услуг телефонной связи, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 09.12.2014 №1342, под фоновым соединением понимается установленное в результате вызова взаимодействие абонента с абонентом с помощью средств связи, позволяющее абоненту и (или) пользователю услуг телефонной связи передавать и (или) принимать голосовую и (или) не голосовую информацию.

дя из вышеизложенного следует, что в случае, когда взаимодействие инициируется рекламодателем, моментом начала распространения посредством фоновый звонок 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 конечной цели кроме как сформировать интерес к товару (работе, услуге).

занность 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 момент до распространения рекламы посредством телефонного звонка до поступления фоновый звонок на телефонный номер абонента.

им образом, в полной мере реализуется цель законодателя оградить абонентов от эзательных звонков, осуществляемых в рекламных целях, в целом, а не только от «нейшего прослушивания рекламной информации после выражения отказа.

е того, распространение рекламной информации посредством сетей электросвязи эфонного звонка) предполагает со стороны рекламораспространителя определение «ентов, которым должен быть совершен телефонный звонок.

этом, исходя из части 1 статьи 18 Закона о рекламе согласие на получение рекламы «но быть получено именно от абонента телефонного номера.

е того, как было указано выше, согласие абонента должно быть выражено в форме, «точной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение «амы от конкретного рекламораспространителя.

асно пункту 1 статьи 44.1 Федерального закона от 07.07.2003 №126-ФЗ «О связи» «ылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее – рассылка) должна «ствляться при условии получения предварительного согласия абонента, «женного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого «ента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение «ылки.

иатором звонка с предложением услуг компании «Топ Гиря» на номер Заявителя без «предварительного согласия является К., что подтверждается принадлежностью «фонного номера +7 (договор об оказании услуг связи), сведений, опровергающих «ый факт, материалы дела не содержат.

язи с тем, что Заявитель утверждает, что не давал согласия на распространение «амы путем осуществления звонков от отправителя +7, в Пензенском УФАС России «дения и документы о получении отправителем согласия абонента +7 на «ространение ему рекламы по сетям электросвязи отсутствуют, распространение «анной рекламы противоречит требованиям части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

ментов, материалов, указывающих, что К. приняты достаточные меры по соблюдению «ований статьи 44.1 Федерального закона «О связи», части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» «осуществлении звонка рекламного характера на номер абонента +7, Пензенским «С России при рассмотрении дела не получено, К. не представлено.

ответствии с пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая «ованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей. «длежащая реклама не допускается.

«тственность за нарушение статьи 18 ФЗ «О рекламе» в соответствии со статьей 38 «анного закона несет рекламораспространитель (часть 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе»).

ответствии с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламораспространителем является «, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с «льзованием любых средств.

«анные по делу доказательства и установленные обстоятельства свидетельствуют о «то нарушение законодательства о рекламе в данном случае содержится в действиях «, распространившего рассматриваемую рекламу, т.е. ее рекламораспространителя -

им образом, распространение 28.06.2022 в 10:37:07 посредством телефонного звонка,

амы товаров и услуг на номер телефона +7, поступившего с номера +7 с нарушением и 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», является ненадлежащим.

ответствии с пунктом 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ 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.

2022 К. представила в адрес Пензенского УФАС России письменные пояснения из которых следует, что она единожды позвонила по номеру телефона +7 и более не звонила данному телефону.

В связи с чем, Комиссия приходит к выводу предписание К. не выдавать.

В силу части 4 статьи 38 ФЗ «О рекламе» нарушение рекламоделателями, изготовителями, рекламодателями, рекламодателями законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Водствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42-47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе от 24.11.2020 № 1922, Комиссия

РЕШИЛА:

признать ненадлежащей рекламу: «...Я владелица компании «Топ Гиря». У нас новое фитнес-оборудование для занятий на свежем воздухе. Мобильная гиря, которую вы можете взять с собой в путешествие, при этом наполнить ее водой или песком до 12 кг. Я хотела бы предложить: Вам было бы интересно включить нашу гирю в ваши тренировки. Я смотрю, что у вас довольно-таки много локаций по Москве и занимаетесь на улице тоже...», размещенную 28.06.2022 в 10:37:07 К. по сетям электросвязи без предварительного согласия абонента Г. на получение рекламы, поскольку в ней нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе не выдавать.

Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.