

Решение по делу

№ 042/05/18-445/2023

Индивидуальному предпринимателю

<...>

Заявителю - электронно

«11» мая 2023г. г. Кемерово

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе

в составе:

Заместителя

председателя  
Комиссии:

<...>

временно исполняющей обязанности руководителя  
управления;

Членов Комиссии:

<...>

начальника отдела рекламы и

недобросовестной конкуренции;

старшего специалиста 1 разряда отдела рекламы и

<...> недобросовестной конкуренции,

рассмотрев дело № 042/05/18-445/2023, возбужденное в отношении индивидуального предпринимателя <...> (далее - ИП <...>, ИНН 710607990241, ОГРНИП 318774600199662, дата присвоения ОГРНИП 11.04.2018, адрес: <...>) по признакам нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» (далее по тексту - ФЗ «О рекламе»),

#### УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило обращение ФАС России (исх.№ 08/16020/23 от 06.03.2023, вх. № 2215-ЭП/23 от 07.03.2023) о рассмотрении заявления физического лица (исх. № б/н, от б/д) о наличии признаков нарушения Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - ФЗ «О рекламе») при распространении 23.02.2023 в 15 часов 59 минут на абонентский номер заявителя <...> посредством телефонного звонка от абонента <...> рекламы следующего содержания:

«... - Меня зовут <...>, я представляю интересы компании Ростелеком, можете говорить? Это займет буквально минуту.

- Говорите, разговор записывается.

- Дело в том, что совсем недавно компания Ростелеком полностью обновила свое оборудование и всем новым абонентам предоставляет домашний интернет и телевидение с выгодой до 50 процентов. А самое главное, вы получаете в подарок онлайн кинотеатр Винк совершенно бесплатно. И давайте сразу посмотрим есть ли такая возможность в вашем регионе. В каком городе проживаете?...».

Поступление звонка 23.02.2023 в 15 часов 59 минут на абонентский номер <...> подтверждается представленной записью разговора, скриншотом с телефона заявителя о поступившем звонке, детализацией представленных услуг по абонентскому номеру <...>.

Из информации, представленной в адрес Кемеровского УФАС России ПАО «Вымпелком» (исх. № ВР-04/ б/н от 14.03.2023, вх. № 2431/23 от 14.03.2023) следует, что абонентский номер <...> выделен по договору об оказании услуг связи Билайн № 772522221 от 27.10.2020 индивидуальному предпринимателю <...> (ИНН 710607990241, ОГРНИП 318774600199662, дата присвоения ОГРНИП 11.04.2018, адрес: <...>).

Из обращения следует, что согласие на получение вышеуказанной рекламы посредством телефонного звонка на абонентский номер <...> заявитель не давал.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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.

В соответствии с пунктом 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами ФЗ «О рекламе» 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 необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей телефон поступила реклама.

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 (часть 1 статьи 44.1 Закона о связи).

Поскольку Законом о рекламе не определены порядок и форма получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, такое согласие может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя. При этом под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение (пункт 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»).

Таким образом, распространение рекламы по сети подвижной радиотелефонной связи возможно лишь при получении на это предварительного согласия лица, которому фактически принадлежит телефонный номер (абонент).

В данном случае бремя доказывания факта получения согласия лежит на рекламораспространителе, в случае получения претензий от самого абонента, а также в случае предъявления соответствующих вопросов компетентным государственным органом и, следовательно, является его риском.

12.04.2023 определением о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе Кемеровским УФАС России было возбуждено дело № 042/05/18-445/2023 в отношении ИП <...> и назначено к рассмотрению на 11.05.2023 в 14 часов 00 минут. Копия данного определения была направлена в адрес ИП <...> заказным письмом с уведомлением о вручении, а также заявителю по электронной почте (распечатка с сайта АО «Почта России: отслеживание почтовых отправок» с пометкой «вручении почтовой корреспонденции» имеется в материалах дела).

11.05.2023 в адрес Кемеровского УФАС России поступили письменные пояснения

ИП <...>, из которых следует, что при осуществлении звонка перед озвучиванием информации оператор задается абоненту вопрос о согласии прослушать информацию. В случае отказа абонента, распространение рекламы не производится.

Как утверждает ИП <...>, из записи стенограммы телефонного разговора заявитель дал четкое и однозначное согласие на получение рекламы посредством телефонного звонка, ответив «Говорите».

В соответствии с пунктом 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», данный закон не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи. Следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.

11.05.2023 состоялось рассмотрение дела № 042/05/18-445/2023 в отсутствие ИП <...> уведомленного надлежащим образом о дате, времени и месте рассмотрения данного дела.

Рассмотрев материалы дела, Комиссия Кемеровского УФАС России установила следующее:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области поступило обращение ФАС России (исх.№ 08/16020/23 от 06.03.2023, вх. № 2215-ЭП/23 от 07.03.2023) о рассмотрении заявления физического лица (исх. № б/н, от б/д) о наличии признаков нарушения ФЗ «О рекламе» при распространении 23.02.2023 в 15 часов 59 минут на абонентский номер заявителя <...> посредством телефонного звонка от абонента <...> рекламы следующего содержания:

«... - Меня зовут <...>, я представляю интересы компании Ростелеком, можете говорить? Это займет буквально минуту.

- Говорите, разговор записывается.

- Дело в том, что совсем недавно компания Ростелеком полностью обновила свое оборудование и всем новым абонентам предоставляет домашний интернет и телевидение с выгодой до 50 процентов. А самое главное, вы получаете в подарок онлайн кинотеатр Винк совершенно бесплатно. И давайте сразу посмотрим есть ли такая возможность в вашем регионе. В каком городе проживаете?...».

Поступление звонка 23.02.2023 в 15 часов 59 минут на абонентский номер <...> подтверждается представленной записью разговора, скриншотом с телефона заявителя о поступившем звонке, детализацией предоставленных услуг по абонентскому номеру <...>

Из информации, представленной в адрес Кемеровского УФАС России ПАО «Вымпелком» (исх. № ВР-04/ б/н от 14.03.2023, вх. № 2431/23 от 14.03.2023) следует, что абонентский номер <...> выделен по договору об оказании услуг связи Билайн № 772522221 от 27.10.2020 индивидуальному предпринимателю <...> (ИНН 710607990241, ОГРНИП 318774600199662, дата присвоения ОГРНИП 11.04.2018, адрес: <...>).

Из письменных пояснений ИП <...>, представленных в адрес Кемеровского УФАС России следует что при осуществлении звонка перед озвучиванием информации оператором задается абоненту вопрос о согласии прослушать информацию. В случае отказа абонента, распространение рекламы не производится.

Как утверждает ИП <...>., из записи стенограммы телефонного разговора заявитель дал четкое и однозначное согласие на получение рекламы посредством телефонного звонка, ответив «Говорите».

Однако, Кемеровским УФАС России из записи стенограммы телефонного звонка, поступившего заявителю 23.02.2023 в 15 часов 59 минут на абонентский номер <...> было установлено, что заявитель отвечает на следующий вопрос оператора.

Вопрос оператора «... - Меня зовут <...>, я представляю интересы компании Ростелеком, можете говорить? Это займет буквально минуту

Ответ заявителя: «Говорите. Разговор записывается».

Фраза «...можете говорить?...» употребляется в официальной, а также в разговорной речи преимущественно по телефонной связи для уточнения у абонента (или другого лица), к которому обращаются, продолжить разговор.

Как утверждает ИП <...> при осуществлении звонка перед озвучиванием информации, оператором задается вопрос абоненту о согласии прослушать информацию. Вместе с тем, данный вопрос о согласии на прослушивание информации оператором озвучен не был.

В данном случае слова «Можете говорить?», «Говорите» не является подтверждением того, что Заявителем дано согласие на прослушивание информации рекламного характера посредством телефонного звонка, а рекламораспространителем получено предварительное согласие от абонента-Заявителя именно на получение рекламы.

Также ИП <...> представил агентский договор № 01/25/724/22 от 25.03.2022, заключенный между ИП <...> (Агентом) и ПАО «Ростелеком» (Принципалом) об оказании услуг связи Абонентам (пользователям) в соответствии с имеющимися лицензиями, подключение услуг связи дополнительно/взамен уже подключенным, а также проведение исходящего обзвона с предоставлением абоненту консультации с целью продвижения услуг связи ПАО «Ростелеком» (Принципала) на основании представленной выборки.

Согласно данному агентскому договору в пункте 6 - ответственность сторон подпунктом 6.8.1 прописано: «Дополнительно к любым иным заверениям и гарантиям, предусмотренным Договором Агент (ИП <...>) подтверждает и гарантирует, что: При исполнении настоящего Договора в рамках работы по Холодным базам (набор контактов потенциальных Абонентов, не имеющих услуг ПАО «Ростелеком») Агент будет соблюдать требования ФЗ «О рекламе», в том числе требования ст.18 о получении предварительного согласия Абонента на получение рекламы».

Из обращения следует, что согласие на получение вышеуказанной рекламы посредством телефонного звонка на абонентский номер <...> Заявитель не давал.

Частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» установлено, что 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.

Следовательно, распространение ИП <...> рекламы посредством телефонного звонка без согласия абонента <...>, содержит признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе», несёт рекламодатель.

В данном случае рекламодателем является ИП <...>

Руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 - ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42-47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Кемеровского УФАС России,

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу индивидуального предпринимателя <...> (ИНН 710607990241, ОГРНИП 318774600199662, дата присвоения ОГРНИП 11.04.2018, адрес: <...>), распространенную посредством телефонного звонка на абонентский номер Заявителя <...> от абонента <...>, в нарушение требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать индивидуальному предпринимателю <...> (ИНН 710607990241, ОГРНИП 318774600199662, дата присвоения ОГРНИП 11.04.2018, адрес: <...>) предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

Решение изготовлено в полном объеме « » мая 2023 года.

Решение может быть обжаловано в порядке, предусмотренном статьей 37 ФЗ «О рекламе».

Заместитель председателя Комиссии <...>

Члены Комиссии: <...>

<...>