

РЕШЕНИЕ

по делу № 051/05/18-54/2024

16 февраля 2024 года

город Мурманск

Резолютивная часть решения оглашена 16 февраля 2024 года.

Решение в полном объеме изготовлено 19 февраля 2024 года.

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Мурманской области по рассмотрению дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства о рекламе (далее - Комиссия) в составе:

Председатель Комиссии: <...>, руководитель Мурманского УФАС России;

Члены Комиссии:

<...> – заместитель руководителя Мурманского УФАС России;

<...>-специалист-эксперт отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции Мурманского УФАС России,

рассмотрев дело № 051/05/18-54/2024 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения индивидуальным предпринимателем <...> (ИНН, ОГНИП, адрес регистрации:) (далее – <...>) рекламы посредством телефонной связи с использованием мессенджера WhatsApp без согласия абонента, что содержит признаки нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в присутствии:

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - ИП <...> (по ходатайству от 12.02.2024 присутствует дистанционно).

В отсутствие заявителя – <...>, уведомленной о времени и месте рассмотрения должным образом. Согласно отчёту Почты России, письмо с идентификатором №18301690002428 вручено адресату 10.02.2024.

УСТАНОВИЛА:

В Мурманское УФАС России поступило заявление гражданки <...>(далее — Заявитель) по признакам нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе в связи с получением 28.09.2023 в 16:54 на принадлежащий ей номер телефона <...> сообщения рекламного характера посредством сообщения в мессенджере WhatsApp без её предварительного согласия на получение рекламы от бизнес аккаунта с абонентским номером <...> (ИП <...>) следующего содержания:

«Добрый день!

На этот год для Вас согласована скидка до 30% при смене страховой компании. Успейте воспользоваться выгодным предложением! Вы продлили полис на будущий год? Укажите актуальный остаток по кредиту в ответном сообщении, и наш сотрудник отправит вам расчет, также вы можете рассчитать стоимость Вашего полиса на нашем сайте. Это займёт не больше 1 минуты.

Центр Страхования

«Инселер»

Пн-Пт 9:00-18:00

8 (800) 707-36-09»

Заявитель сообщила, что ею не выражено согласие на рекламную рассылку в свой адрес и просила привлечь к ответственности лиц, нарушивших часть 1 статьи 18 Закона о рекламе.

В ходе рассмотрения обращения установлено, что деятельность на аккаунте в мессенджере WhatsApp с пометкой «бизнес-аккаунт» и абонентским номером <...> осуществляет ИП <...>.

В соответствии с ответом оператора связи публичного акционерного общества «МегаФон» на момент поступления рекламного сообщения абонентский <...> выделен Заявителю на основании договора услуг связи № 32366 от 27.03.2012.

Из ответа ПАО «Мобильные ТелеСистемы» следует, что абонентский номер <...> зарегистрирован на имя <...> (зарегистрированного по адресу: по договору об оказании услуг подвижной связи МТС от 22.11.2022.

Согласно ответу ИП <...> (ИНН, ОГНИП, адрес регистрации:) сообщение рекламного характера на абонентский номер <...> отправлено ошибочно. Сообщение было адресовано другому клиенту. Данный номер удалён, к ответу приложен акт об уничтожении персональных данных № б/н от 03 ноября 2023 года. Заявитель повторно не обращался в антимонопольный орган по факту продолжения распространения в его адрес рекламных рассылок от ИП <...>

На основании пункта 4 Постановления Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922 «Об утверждении Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе» (далее - Правила) дела по фактам распространения рекламы, содержащей признаки нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», возбуждаются и рассматриваются территориальным органом Федеральной антимонопольной службы по месту нахождения (месту жительства) юридического или физического лица, подавшего заявление в антимонопольный орган, указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Заявитель проживает на территории Мурманской области, в связи с данным фактом дело № 051/05/18-54/2024 возбуждено и рассматривается Мурманским УФАС России.

При указанных обстоятельствах, в связи с наличием в действиях ИП <...> признаков нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе Мурманским УФАС России 30.01.2024 было возбуждено дело № 051/05/18-54/2024.

Статьей 3 Закона о рекламе введены следующие термины:

реклама - 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;

ненадлежащая реклама - реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации;

рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо;

рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Как указано в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 04.03.1997 № 4-П, реклама рассматривается законодателем как средство продвижения товаров, работ и услуг на общий рынок Российской Федерации.

Согласно Международному кодексу рекламной практики под потребителем рекламы понимается любое лицо, которому адресована реклама или которого она может достичь, вне зависимости от того, является ли он конечным потребителем, торгующим субъектом или пользователем.

Экономической целью размещения рекламы для лица, осуществляющего производство, реализацию товара (работ, услуг), является продвижение и продажа товара (работ, услуг) покупателю и конечному потребителю. По своему содержанию рекламное сообщение, направленное по сети связи, рекламирует услуги Центра страхования «Инселер» и продвигает их 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 излучения, 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 распространение рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенной информации.

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.

Резюмируя изложенное, Комиссия отмечает, что рассматриваемая реклама не является персональным предложением Заявителю или другому лицу, которому предназначалось данное сообщение, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования - услугам Центра страхования «Инселер».

Таким образом, информация, распространенная посредством телефонных сообщений, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством сообщения в мессенджере WhatsApp, в котором используются абонентские номера для переписки в приложении; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; 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 ВАС 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.

Согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

Таким образом, согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым способом, должно четко содержать волеизъявление

конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя, и должно быть зафиксировано каким-либо образом.

Реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Вместе с тем, рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В рассматриваемом случае установлен факт направления ИП <...> в адрес <...> 28.09.2023 сообщения рекламного характера в отсутствие предварительного согласия Заявителя на получение рекламы.

ИП <...> не оспаривает факт направления рекламного сообщения Заявителю, не выразившем согласие на получение рекламы. На рассмотрении дела № 051/05/18-54/2024 он пояснил членам Комиссии, что сообщение предназначалось клиенту, пользующимся услугами его организации Центр страхования «Инселер», и сообщение было направлено Заявителю ошибочно. С вменяемым нарушением ИП <...> согласен.

Отсутствие умысла на нарушение рекламного законодательства не исключает факт нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, устанавливающей безусловный запрет на распространение рекламы без согласия абонента.

Ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, предусмотрена частью 7 статьи 38 названного закона и возложена на рекламораспространителя.

Согласно полученным сведениям от оператора связи, а также пояснениям ИП <...> он является рекламораспространителем, рекламодателем и рекламопроизводителем. Следовательно, именно ИП <...> несет ответственность за нарушение требований Закона о рекламе.

В ходе рассмотрения дела ИП <...> представил в адрес Мурманского УФАС России акт об уничтожении персональных данных № б/н от 03 ноября 2023 года, согласно которому абонентский номер <...>, принадлежащий <...> исключён из списка рассылок, что указывает на прекращение нарушения части 1 статьи 18 Закона о рекламе, что в силу пункта 49 Правил исключает возможность выдачи предписания об устранении выявленного нарушения.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 42-47 Правил.

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей и нарушающей требования части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» рекламу:

«Добрый день!

На этот год для Вас согласована скидка до 30% при смене страховой компании. Успейте воспользоваться выгодным предложением! Вы продлили полис на будущий год? Укажите актуальный остаток по кредиту в ответном сообщении, и наш сотрудник отправит вам расчет, также вы можете рассчитать стоимость Вашего полиса на нашем сайте. Это займёт не больше 1 минуты.

Центр Страхования

«Инселер»

Пн-Пт 9:00-18:00

8 (800) 707-36-09»

поступившую 28.09.2023 в 16:54 на принадлежащий <...>. абонентский номер <...> через мессенджер WhatsApp с абонентского номера, выделенного <...>

2. Не выдавать ИП <...> (ИНН, ОГНИП, адрес регистрации:) предписание о прекращении нарушения в связи с устранением нарушения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

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

Решение может быть обжаловано в суде (арбитражный суд) в течение трех месяцев со дня изготовления решения в полном объеме.

Председатель Комиссии: <...>

Члены Комиссии:

<...>