

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

о возбуждении дела № 055/05/18-629/2022 и назначении дела к рассмотрению

02 августа 2022 года

г. Омск

Председатель Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее – Омское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе <...> заместителя руководителя Омского УФАС России, рассмотрев материалы, свидетельствующие о признаках нарушения индивидуальным предпринимателем <...> (ИНН <...>, ОГРНИП <...>, далее – ИП <...>) частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее – Омское УФАС России) из ФАС России поступило обращение гражданина <...> по факту осуществления 21.05.2022 в 14:32 час. на принадлежащий ему абонентский номер <...> звонка рекламного характера с абонентского номера <...>. Заявителем представлена аудиозапись, из которой следует, что при приеме входящего вызова автоматически транслировалась запись голоса, содержащая текст следующего содержания:

«- Да, здравствуйте!

- Добрый день. Меня зовут <...>. Я представитель «Совкомбанка». Вам предварительно одобрена карта рассрочки «Халва» и у вас есть возможность воспользоваться суммой до пятисот тысяч рублей без процентов. Вам перезвонит специалист банка и ответит на все вопросы. Скажите «да», если это вам интересно».

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» **реклама** - это информация, распространенная любым способом, в любой форме, 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.

Согласно пункту 2 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» **объектом рекламирования** является 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.

П о **д товаром** понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (пункт 3 статьи 3 Федерального закона «О рекламе»).

Распространенная информация подпадает под понятие «реклама», поскольку обладает всеми ее признаками – распространена по сетям электросвязи, направлена на привлечение внимания неопределенного круга лиц к «Совкомбанку» и реализуемым им финансовым продуктам (карта «Халва»).

При этом реклама по сетям электросвязи распространена с нарушением законодательства Российской Федерации о рекламе:

В статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее - Федеральный закон «О связи») даны основные понятия:

- абонент - пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации;

- электросвязь - любое излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

По утверждению заявителя, реклама распространялась без его предварительного согласия на ее получение, что является нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», в силу которой 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 именно на рекламораспространителя возложена обязанность доказать наличие согласия абонента на получение рекламы, и именно он несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы.

При этом запись телефонного разговора, предоставленная заявителем, содержащая воспроизведенный, заранее записанный аудиофрагмент, позволяет сделать вывод о том, что в ходе осуществления такого звонка использовались средства набора абонентского номера без участия человека (автоматическое дозванивание).

В силу части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозванивания, автоматической рассылки).

На запрос Омского УФАС России ПАО «Мегафон» представлена информация, согласно которой абонентский номер <...>, с которого был совершен звонок, выделен ООО «ИДС» (ИНН <...>) на основании договора на оказание услуг связи № 100409358 от 17.11.2021.

Согласно информации ООО «ИДС», «...01.02 2018 года ООО «ИДС» и ПАО «Совкомбанк» (далее — Банк) заключили Договор об оказании услуг (Приложение № 1), в соответствии с которым ООО «ИДС» оказывает услуги по привлечению пользователей, потенциально заинтересованных в получении займов денежных средств у Банка, в том числе посредством оформления кредитных карт «Халва» (далее - «Карта»).

В соответствии с пунктами 2.2. и 3.1. указанного договора объем оказываемых ООО «ИДС» услуг и предъявляемые к ним требования согласовываются Сторонами в каждом Заказе. ООО «ИДС» и Банк было согласовано, что информацию, необходимую для распространения рекламы Карты, ООО «ИДС» получает с сайта Банка <https://halvacard.ru/>.

В соответствии с п. 8.4 договора с Банком ООО «ИДС» вправе оказывать рекламные услуги как лично, так и имеет право привлекать для исполнения данного договора об оказании услуг третьих лиц.

ООО «ИДС» оказывает услуги в получении гражданами Карты, которые осуществляются через ИП <...>, который уточняет у лиц, выразивших интерес в ее получении, действительно ли они хотят приобрести Карту, а также предоставляет информацию о таких лицах партнеру банка на основании заключенного 10.12.2022 года Агентского договора...

... 21 декабря 2021 года между ООО «ИДС» и ПАО «Мегафон» был заключен договор об оказании услуг связи № 100409358, по которому за ООО «ИДС» был закреплен перечень абонентских номеров, в том числе номер <...>, с которого поступил рекламной звонок, послуживший основанием для обращения заявителя в УФАС.

Однако 22 декабря 2021 года между ООО «ИДС» и ИП <...> было заключено дополнительное соглашение № 2 к Договору (далее — Соглашение) (Приложение № 4), в соответствии с п. 1 Соглашения абонентские номера, в том числе номер <...>, с которого поступил рекламный звонок, послуживший основанием для обращения заявителя в УФАС, передаются в пользование ИП <...> для исполнения обязательств, предусмотренных Договором.

При этом согласно п. 2 Соглашения, ответственность за свои действия, в том числе ответственность, предусмотренную действующим законодательством Российской Федерации, несет ИП <...> самостоятельно.

Таким образом, ООО «ИДС» полагает, что не несет ответственность за осуществление ИП <...> телефонных звонков информационного и рекламного характера...».

По информации, представленной ИП <...>, «... ИП <...> (далее – Посредник) оказывает посреднические услуги (по договору между ИП <...> и ООО «ИДС», у которого, в свою очередь, имеется договор ПАО «Совкомбанк», в получении гражданами кредитной карты рассрочки Халва «Лучшая карта рассрочки» (далее - «Карта»), уточняя у лиц, выразивших интерес в ее получении, действительно ли они хотят приобрести Карту, а также предоставляя информацию о таких лицах партнеру банка...

...10.12.2020 между гражданином Посредником и Обществом с ограниченной ответственностью «ИДС» был заключен договор, в соответствии с которым Посредник оказывает услуги по привлечению внимания или поддержания интереса пользователей сети Интернет к товарам или услугам ООО «ИДС» и/или клиентов ООО «ИДС» (далее - «Договор») (Приложение № 1)...

...Во исполнение Договора Посредник получил информацию о деятельности ПАО «Совкомбанк» и выпускаемой им Карте и разместил на своем сайте сведения о том, что любое лицо, желающее получить кредитную карту рассрочки, может направить соответствующую заявку...

...В распоряжении Посредника имеются лог-файлы, регистрирующие все запросы к Сайту.

После исследования лог-файла (Приложение № 7) Посредником было установлено, что 21 мая 2022 в 08:02:55 по московскому времени в форму на Сайте были введены следующие данные: «<...> -<...> -null».

Пользователь Сайта также активировал чек-боксы с текстом: «Предоставляя свои персональные данные, я подтверждаю, что ознакомлен и согласен с условиями Пользовательского соглашения, Политики обработки персональных данных» (1), «Даю согласие на обработку персональных данных» (2), а также при наличии желания в чекбоксе с текстом «Даю согласие на получение рекламной рассылки» (3), а также осуществлен «клик» (нажатие) на кнопку «Получить карту» (Приложение № 8). Поступление данных пользователя Сайта само по себе свидетельствует об осуществлении клика.

Таким образом, Посредник получил информацию об акцепте <...> Оферты, а также ознакомлении им с Политикой обработки персональных данных и согласии на обработку персональных данных и получение информационной и рекламной рассылки посредством механизма, описанного в п. 3 настоящих Письменных пояснений, что послужило основанием для обращения Посредника к гражданину с уточняющим вопросом о необходимости <...> Карты.

Совершая действия по информированию, Посредник добросовестно полагался на достоверность предоставленных персональных данных, исходил из того, что персональные данные были предоставлены самим <...> и того, что он действительно заинтересован в

получении информации о Карте и согласен на получение информационной и рекламной рассылки (Приложение № 9).

Посредник, осуществляя звонок на телефонный номер <...> добросовестно полагал, что он принадлежит <...>, и что именно он оставил заявку на Сайте для получения информации о Карте».

В пункте 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указано, что **согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.**

При этом согласно позиции ФАС России, изложенной в письме от 11.11.2019 № ДФ/98054/19 «О надлежащих доказательствах при выявлении нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» **«согласие, полученное посредством заполнения каких-либо форм на сайтах в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», не позволяющих однозначно установить, кто именно дал согласие на получение рекламы, является ненадлежащим и влечет нарушение указанного требования статьи 18 Федерального закона «О рекламе», поскольку не позволяет подтвердить волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя».**

Аудиозапись телефонного разговора, свидетельствует о том, что заявителю в устной форме была озвучена формулировка: «Добрый день. Меня зовут <...>. Я представитель «Совкомбанка». Вам предварительно одобрена карта рассрочки «Халва»...», следовательно, **предварительного согласия абонента на получение рекламной информации запрошено не было, рекламная информация была озвучена сразу же после того, как заявителем было произнесено «Да, здравствуйте».**

Приложенные к ответу ИП <...> заверенные скриншоты лог-файлов, а также выписка из лог-файла не позволяют подтвердить волеизъявление <...> (абонентский номер <...>) на получение рекламы от ИП <...> или иных лиц.

Иных доказательств, свидетельствующих о наличии предварительного согласия абонента (абонентский номер <...>) на получение рекламы, ИП <...> в адрес Омского УФАС России не представлено.

По определению (пункт 4 статьи 3 Федерального закона «О рекламе») **ненадлежащая реклама** – реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации.

Учитывая, что согласие заявителя <...> на получение рекламы от ИП <...> в адрес Омского УФАС России представлено не было, реклама распространена с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки), следовательно, в действиях ИП <...> усматриваются признаки нарушения требований частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Исходя из определения, данного в пункте 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе», ИП <...> является рекламодателем.

В силу части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель несет

ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Федерального закона «О рекламе».

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, частей 1, 2 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 2, 13, 24,25 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922,

ОПРЕДЕЛИЛА:

1. Возбудить производство по делу № 055/05/18-629/2022 по признакам нарушения требований частей 1 и 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

2. Признать лицами, участвующими в деле:

- заявитель - <...>;

- лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - ИП <...> (ИНН <...>, ОГРНИП <...>);

- заинтересованное лицо - ООО «ИДС» (ОГРН <...>, ИНН <...>, адрес регистрации: <...>).

3. Назначить дело № 055/05/18-629/2022 к рассмотрению **на 30 августа 2022 в 15:00 часов** по адресу: 644010, г. Омск, пр. К. Маркса, д. 12 А, к. 102.

4. ИП <...> в срок **до 25 августа 2022 года** представить в адрес Омского УФАС России письменный отзыв на настоящее определение (при необходимости).

В связи с эпидемиологической обстановкой рассмотрение дела осуществляется дистанционно.

Ссылки на предоставление возможности участия в рассмотрении дела об административном правонарушении путем видеоконференцсвязи (далее – ВКС): <https://fas3.tconf.rt.ru/c/2546456173>.

С инструкцией для участников ВКС можно ознакомиться по ссылке: https://fas.gov.ru/in_ca.pdf.

Председатель Комиссии <...>