

РЕШЕНИЕ

по делу № 055/05/18-561/2021

17 июня 2021 года

город Омск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Омской области (далее - Омское УФАС России) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

председатель Комиссии – <...>, заместитель руководителя Омского УФАС России,

члены Комиссии: <...>,

рассмотрев дело № 055/05/18-561/2021 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения индивидуальным предпринимателем <...> (ИНН <...>, ОГРНИП <...>, далее – ИП <...>) рекламы, содержащей признаки нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в отсутствие заявителя, ИП <...>, извещенных надлежащим образом,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России из ФАС России поступило заявление гражданина <...> по факту осуществления на принадлежащий ему абонентский номер <...> 04.04.2021 в 10:45 час. с абонентского номера <...> звонка рекламного характера следующего содержания:

« - Да. Слушаю. Алло.

-Добрый день.

-Здравствуйте.

- Меня зовут <...>. Я представляю московский центр ортопедии, неврологии и стоматологии. Хотим пригласить вас на бесплатный осмотр, консультацию...

- Вы знаете, я вынужден вас предупредить, что у меня разговоры все записываются. Я отправлю наш разговор в ФАС. Так как вы звоните мне и без моего согласия.

- Всего доброго. До свидания.

-До свидания».

Факт поступления 04.04.2021 в 10:45 час. звонка на абонентский номер <...> с абонентского номера <...> подтверждается детализацией оказания услуг связи, представленной в адрес Омского УФАС России ПАО «МТС».

По информации, представленной ПАО «ВымпелКом», абонентский номер <...> выделен абоненту – индивидуальному предпринимателю <...> на основании договора об оказании услуг связи «Билайн» № SS332 от 25.06.2017.

На запрос Омского УФАС России ИП <...> были даны пояснения (вх. № 4936э от 19.05.2021): «... мной не производилось звонка рекламного характера на указанный Вами телефонный

номер. Я понятия не имею о каком физическом лице идет речь, какое заявление от него поступало и о каком звонке рекламного характера идет речь. Согласно представленной информации звонившую заявителю зовут<...>, а меня согласно имеющейся у Вас информации зовут <...>...».

Определением Омского УФАС России от 28.05.2021 в отношении ИП <...> по вышеуказанному факту было возбуждено дело по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе № 055/05/18-561/2021.

В ответ на указанное определение ИП <...> была представлена следующая информация (вх. № 5477 от 02.06.2021): «...Прежде всего, мной не производилось звонка рекламного характера на указанный Вами телефонный номер. Я понятия не имею, о каком физическом лице идет речь, какое заявление от него поступало и о каком звонке рекламного характера идет речь...

...Во-вторых, как следует из определения, заявитель является абонентом ПАО «МТС». Как удалось выяснить, Правилами оказания услуг подвижной связи радиотелефонной связи МТС, являющимися неотъемлемой частью договора с заявителем жалобы, абонент дает согласие с момента заключения договора с МТС на получение рекламы. Заключая договор с ПАО «МТС» заявитель жалобы присоединяется к вышеуказанным Правилам и согласно им дал согласие на получение любой рекламы. Иными словами требуемое Вами согласие было дано заявителем жалобы с момента заключения договора этого абонента с ПАО «МТС».

В - третьих, в соответствии с письмами ФАС РФ от 28.11.2013 г. № АК/47658/13, от 13.02.2015 г. № АД/6320/15, от 27.12.2017 № АК/92163/17, объектом рекламирования может быть тот товар (работа, услуга) предназначенный для продажи и иного введения в гражданский оборот, который можно индивидуализировать, выделить среди однородной группы товаров (работ, услуг). Соответственно, реклама товара всегда представляет собой информацию о конкретном товаре, который можно индивидуализировать внутри одной группы. Указанное сообщение представляет собой обобщенное наименование группы услуг и не позволяет выделить конкретную услугу среди ряда однородных услуг и сформировать к ней интерес. Таким образом, рассматриваемый звонок не является рекламой».

Комиссия Омского УФАС России не может согласиться с доводами ИП <...>, исходя из следующего.

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»).

Таким образом, информация, поступившая заявителю на его абонентский номер, в силу статьи 3 Федерального закона «О рекламе» является рекламой, поскольку обладает всеми ее признаками:

- распространена по сетям электросвязи;

- направлена на привлечение внимания неопределенного круга лиц к московскому центру ортопедии, неврологии и стоматологии и оказываемым в нем услугам;

- призвана формировать и поддерживать интерес к объекту рекламирования, способствует его продвижению на рынке.

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.

Как указано в пункте 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах применения практики арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

В статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Федеральный закон «О связи») даны основные понятия, используемые в настоящем законе: **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.

В соответствии с частью 1 статьи 44.1 Федерального 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, не докажет, что такое согласие было получено.

Из анализа норм Федерального закона «О связи» и Федерального закона «О рекламе» следует, что заказчик должен принять меры по однозначной идентификации именно абонента (а не лица, указавшего телефонный номер при заполнении документов, дающих согласие на направление рекламных и информационных материалов), а также получить предварительное согласие абонента на направление ему рекламной информации посредством использования сетей электросвязи, то есть **получить согласие непосредственно** перед направлением конкретного сообщения рекламного характера определенному абоненту.

Исходя из правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной 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», **согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламораспространителя.** 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.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламораспространителя.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

При этом в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29.03.2011 № 2-П), стабильности публичных правоотношений, а также в целях защиты прав и законных интересов абонента как более слабой стороны в рассматриваемых правоотношениях, при получении такого согласия абоненту должна быть предоставлена возможность изначально отказаться от получения рекламных рассылок, а сама **форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной ознакомлением с правилами оказания (предоставления) услуг.**

Предоставленное распространителю рекламы право на получение согласия абонента в любой форме не свидетельствует о его безграничном усмотрении в разрешении этого вопроса и оканчивается там, где начинаются права абонентов на выражение своего непосредственного согласия на получение рекламы. Обратное же приведет к злоупотреблениям со стороны распространителей рекламы, стремящихся любым способом навязать абоненту возможность распространения со своей стороны рекламы с приданием своим действиям видимости законности, что недопустимо в контексте пункта 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Согласно аудиозаписи телефонного разговора, после того как заявитель произнес слово «Здравствуйте» ему сразу же была озвучена рекламная информация, направленная на привлечение внимания к московскому центру ортопедии, неврологии и стоматологии и оказываемым в нем услугам.

Таким образом, предварительное согласие на получение рекламной информации у <...> **не было запрошено.**

Одновременно Комиссия отмечает, что согласно пояснениям ПАО «МТС» услуги связи с выделением в пользование абонентского номера <...> оказываются <...> на основании заключенного между ПАО «МТС» и <...> договора. Вместе с тем факт заключения указанного договора, и, соответственно, принятие абонентом условий оказания услуг связи МТС, не свидетельствуют о том, что заявителем было выражено предварительное согласие на получение рекламной информации от ИП <...>.

Таким образом, **доказательств, свидетельствующих о наличии согласия гражданина <...> (абонентский номер <...>) на получение рекламы от ИП <...> в Омское УФАС России не представлено.**

Доказательств передачи абонентского номера <...> в пользование третьим лицам 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.

В соответствии с пунктом 7 статьи 3 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель - 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 рекламораспространителем.

В силу части 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Федерального закона «О рекламе».

Рассмотрев материалы дела, учитывая пояснения заявителя об отсутствии его согласия на получение рекламы, наличие договора об оказании услуг связи «Билайн» № SS332 от 25.06.2017, заключенного между ПАО «ВымпелКом» и ИП <...>, Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу о нарушении ИП <...> требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении рекламы посредством радиотелефонной связи в адрес гражданина <...> (абонентский номер <...>) без предварительного согласия абонента на ее получение.

Учитывая разовый характер поступления звонка с абонентского номера <...> в адрес гражданина <...> (абонентский номер <...>), а также отсутствие на момент рассмотрения настоящего дела доказательств обратного, Комиссией Омского УФАС России сделан вывод о нецелесообразности выдачи ИП <...> предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона «О рекламе» и в соответствии с пунктами 42 - 48 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать действия ИП <...> (ИНН <...>, ОГРНИП <...>), выразившиеся в распространении с абонентского номера <...> в адрес гражданина <...> (абонентский номер <...>) 04.04.2021 в 10:45 час. рекламы без предварительного согласия абонента на ее получение, нарушающими требования части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».
2. Не выдавать ИП <...> предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу антимонопольного органа для возбуждения дела об административном правонарушении.

Решение изготовлено в полном объеме 17 июня 2021 года.

Решение может быть обжаловано в Арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии <...>

Члены Комиссии: <...>