

Заявитель:

<...>

Ответчик

ИП Разиньков Р.В.
ул. им. Р. Мажатова, д. 1Б, кв. 8, м.р-н Шелковской, Чеченская Республика, 366108

РЕШЕНИЕ по делу № 078/05/18-663/2022

22 августа 2022 года Санкт-Петербург

Комиссия Санкт-Петербургского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

Председатель Комиссии: <...>,

члены Комиссии: <...>,

рассмотрев дело № 078/05/18-633/2022 по признакам нарушения ИП Разиньковым Р.В. (адрес места нахождения: ул. им. Р. Мажатова, д. 1Б, кв. 8, м.р-н Шелковской, Чеченская Республика, 366108, ОГРНИП: 306463230000092, ИНН 463226602234) части 1 и части 2 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — ФЗ «О рекламе») по факту распространения рекламы, поступившей 30.04.2022 в 12:53 на абонентский номер заявителя <...> с номера <...> без предварительного согласия абонента,

в присутствии заявителя;

в отсутствие лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе — ИП Разинькова Р.В.

УСТАНОВИЛА:

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Санкт-Петербургу (Санкт-Петербургское УФАС России), осуществляющее государственный надзор за соблюдением законодательства о рекламе, поступило заявление физического лица, относительно ненадлежащей, по мнению заявителя, рекламы, нарушающей требования части 1 и части 2 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»).

Спорная реклама в виде автоматизированной аудиозаписи поступила 30.04.2022 в 12:53 на абонентский номер заявителя <...> с номера <...> без предварительного согласия абонента.

Согласно пункту 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» 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, информирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Заявителю поступила информация следующего содержания: «Здравствуйтесь, у нас для Вас уникальное предложение: квартиры комфорт-класса в Долгопрудном, цены начинаются от 5 миллионов рублей, несколько вариантов отделки, 10 минут от МКАД, ипотека от 5%. Хотите

узнать подробности — нажмите один. Хотите, чтобы мы перезвонили Вам позже — нажмите два. Не хотите получать подобное предложение — нажмите три».

Доведенная до сведения пользователя абонентского номера <...> информация с предложением о покупке квартиры в Москве носит обобщенный характер, формирует интерес к указанным услугам и способствует их продвижению на рынке.

Таким образом, информация отвечает всем признакам рекламы, применительно к пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе: распространена посредством электросвязи, адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

На основании вышеизложенного следует, что информация поступившая на абонентский номер заявителя 30 апреля 2022 в 12:53 посредством совершения звонка от абонента с номером <...> является рекламой.

Требования к рекламе, распространяемой по сетям электросвязи, установлены статьей 18 Закона о рекламе.

В соответствии с частью 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.

Заявитель указывает, что не давал согласия на получение вышеуказанного звонка, поступившего на его абонентский номер.

В соответствии с частью 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе» не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Под запрет, установленный в части 2 статьи 18 Закона о рекламе, попадают как случаи, когда выбор абонента (абонентского номера) осуществляется не человеком, а техническим устройством, программой, компьютером, машиной, так и случаи, когда набор такого номера осуществляется автоматически, без участия человека (даже если выбор абонентов был произведен человеком).

В данном случае когда абонент отвечал на входящий вызов, ему транслировалась запись голоса, содержащая текст рекламного сообщения, что позволяет сделать вывод о том, что рассматриваемый звонок совершен с помощью автоматического набора номера и дальнейшего озвучивания рекламного сообщения, предварительно записанного либо созданного с помощью компьютерных программ, а равно звонок с сообщением рекламного характера совершен без участия человека.

В соответствии с частью 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 и частью 2 статьи 18 данного Федерального закона, несет рекламодатель.

Признание конкретного лица рекламодателем осуществляется в каждом конкретном случае, исходя из всех обстоятельств размещения рекламы, с учетом непосредственных действий (бездействия), осуществлявшихся таким лицом при размещении (распространении) рекламы.

Абонентский номер <...>, с которого поступил звонок, входит в ресурс нумерации ПАО «ВымпелКом».

В этой связи Санкт-Петербургское УФАС России направило ПАО «ВымпелКом» запрос от 11 мая 2022 № 78/10766/22 о представлении сведений.

Согласно ответу ПАО «ВымпелКом» (вх. № 13669-ЭП/22 от 24.05.2022) номер <...>, согласно данным систем выделен 20.04.2022 на абонента – ИП Разинькова Р.В. (адрес места нахождения: ул. им. Р.Мажатова, д. 1Б, кв. 8, м.р- н Шелковской, Чеченская Республика, 366108, ОГРНИП: 306463230000092, ИНН 463226602234) в рамках договора об оказании услуг связи Билайн № 749272395 от 05.02.2020.

Таким образом, в действиях ИП Разинькова Р.В., как рекламораспространителя усматриваются признаки нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В этой связи определением Управления Федеральной антимонопольной службы по Санкт-Петербургу (исх. № 78/12555/22 от 27.05.2022) в отношении ИП Разинькова Р.В. возбуждено производство по делу № 078/05/18-663/2022 по признакам нарушения требований части 1 и части 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Рассмотрение дела № 078/05/18-663/2022 назначено на 20.06.2022 в 10 часов 30 минут в режиме видеоконференцсвязи (далее — ВКС).

30.05.2022 в Санкт-Петербургское УФАС России поступили пояснения от ИП Разинькова Р.В. (вх. № 14139-ЭП/22), согласно которым ИП Разиньков Р.В. осуществляет деятельность по обеспечению функционирования рекламной системы с помощью сервиса, расположенного на доменном имени: botfo.ru. Согласно Пользовательскому соглашению на использование программного продукта, расположенного на доменном имени: botfo.ru и его поддоменах ИП Разиньков Р.В. предоставляет пользователям – физическим или юридическим лицам, индивидуальным предпринимателям, доступ к указанному сервису. Спорная реклама, поступившая 30.04.2022 в 12:53 на абонентский номер заявителя <...> с номера <...> без предварительного согласия абонента, была распространена Пользователем Сервиса Лысенко С.С. В материалах дела имеется лишь фамилия имя отчество и электронная почта Пользователя Сервиса.

20.06.2022 на рассмотрении дела № 078/05/18-663/2022 в режиме ВКС присутствовал заявитель. ИП Разиньков Р.В. не явился при надлежащем уведомлении о месте и времени. Ходатайств от ИП Разинькова Р.В. о рассмотрении дела в его отсутствии в Санкт-Петербургское УФАС России не поступало.

20.06.2022 в ходе заседания Комиссия пришла к выводу о необходимости запросить дополнительные доказательства по делу № 078/05/18-663/2022.

Определением Управления Федеральной антимонопольной службы по Санкт-Петербургу (исх. № 78/14799/22 от 22.06.2022) срок рассмотрения дела № 078/05/18-663/2022 продлен до 27 августа 2022 года.

Определением Управления Федеральной антимонопольной службы по Санкт-Петербургу (исх. № 78/14801/22 от 22.06.2022) рассмотрение дела № 078/05/18-663/2022 отложено и назначено на 11.07.2022 в 10 часов 30 минут в режиме видеоконференцсвязи (далее - ВКС).

27.06.2022 в Управление поступили пояснения от ИП Разинькова Р.В. (исх. № 16791-ЭП/22 от 27.06.2022), согласно которым в соответствии с п. 2.1.1. Политики конфиденциальности интернет-сайта botfo.ru обработке подлежат следующие персональные данные Пользователя: фамилия, имя, отчество, электронный адрес, номера телефонов. Как утверждает ИП Разиньков Р.В., переписка с Пользователем Сервиса Лысенко С.С. не производилась.

ИП Разиньков Р.В. в представленных пояснениях указал, что сообщил все известные данные о Пользователе Сервиса <...>, которые были ею заполнены как пользователем Системы. К таким данным относится электронная почта Пользователя <...>, а также номер телефона <...>.

11.07.2022 на рассмотрение дела № 078/05/18-663/2022 в режиме ВКС присутствовал заявитель. ИП Разиньков Р.В. на рассмотрение дела не явился. Ходатайств от ИП Разинькова Р.В. в Санкт-Петербургское УФАС России не поступало.

Определением Управления Федеральной антимонопольной службы по Санкт-Петербургу (исх. № 78/16518/22 от 13.07.2022) рассмотрение дела № 078/05/18- 663/2022 отложено.

Рассмотрение дела № 078/05/18-663/2022 назначено на 22.08.2022 в 11 часов 00 минут в режиме видеоконференцсвязи (далее - ВКС).

22.08.2022 на рассмотрении дела № 078/05/18-663/2022 в режиме ВКС присутствовал заявитель, ИП Разиньков Р.В. не явился при надлежащем уведомлении о месте и времени рассмотрения дела № 078/05/18-663/2022.

Проанализировав материалы дела, Комиссия Санкт-Петербургского УФАС России пришла к следующим выводам:

1) В представленных пояснениях ИП Разиньков указывает на то, что он является оператором рекламной системы.

Согласно пункту 14 статьи 3 ФЗ «О рекламе» оператор рекламной системы - лицо, осуществляющее деятельность по обеспечению функционирования рекламной системы.

В соответствии с пунктом 13 статьей 3 ФЗ «О рекламе» рекламная система - информационная система и (или) программа для электронных вычислительных машин, которые предназначены и используются для организации распространения в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» рекламы посредством принадлежащих третьим лицам информационных ресурсов (сайтов в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», страниц сайта в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», информационных систем и (или) программ для электронных вычислительных машин)

Комиссия, исходя из фактически установленных обстоятельств, отмечает, что выраженная ИП Разиньковым в пояснениях (вх. № 14139-ЭП/22 от 30.05.2022) позиция того, что он является оператором рекламной системы, не находит своего подтверждения, поскольку в рассматриваемом случае распространение рассматриваемой рекламы осуществлено не в сети Интернет, а по сетям электросвязи.

2) В соответствии с Пользовательским соглашением на использование программного продукта (сервиса), расположенного на доменном имени botto.ru ИП Разиньков Р.В., предоставляет пользователям – физическим или юридическим лицам, индивидуальным предпринимателям доступ к сервису для реализации возможностей, предусмотренных соответствующим функционалом. Пользовательское соглашение является публичной офертой владельца сайта на заключение договора с любым заинтересованным лицом.

Указанный сервис предназначен для самостоятельного формирования Аудиозаписей/Текстов Пользователем и отправки указанных Аудиозаписей/Текстов Получателям (Клиентам Пользователя).

ИП Разиньков Р. В., предоставивший услуги доступа к Интернет-сервису botto.ru Пользователю <...> и осуществивший отправку её голосового сообщения с Сервиса посредством использования выделенного ему абонентского номера <...>, является неотъемлемой стороной правоотношений, складывающихся в процессе рекламного дозвона, отсутствие которого сделало бы распространение рассматриваемой рекламы невозможным.

Как следует из п. 11, 12, 13 Пользовательского соглашения на использование программного продукта (Сервиса), <...> - Пользователь при работе в Сервисе самостоятельно обязана обеспечить получение всех требуемых законодательством России согласий и разрешений до совершения действий, для которых наличие соответствующих согласий/разрешений является необходимым. При этом Пользователь гарантирует наличие согласий Абонентов и адресатов, полученных в соответствии с ФЗ «О рекламе» и ФЗ «О связи».

В п. 10 Пользовательского соглашения на использование программного продукта (Сервиса) определено, что при наличии в действиях Пользователя нарушений законодательства России ИП Разиньков Р.В. - Сервис оставляет за собой право расторгнуть договор в одностороннем порядке, а также право заблокировать личный кабинет пользователя в случае нарушения договора и(или) требований законодательства Российской Федерации.

В рассматриваемом случае заключенное между <...> и ИП Разиньковым Р.В. Пользовательское соглашение на использование программного продукта (Сервиса) не освобождает указанные стороны, осведомленные о цели использования услуг Сервиса по совершению автоматических звонков, в том числе рекламного характера, от обязанности каждой из них по соблюдению норм и правил действующего законодательства.

Согласно статье 309 Гражданского кодекса Российской Федерации обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями или иными обычно предъявляемыми требованиями.

Анализ условий Пользовательского соглашения на использование программного продукта (Сервиса) показывает, что Правообладатель (Сервис) — ИП Разиньков Р.В. самоустранился от проверки наличия у Пользователя соответствующих согласий/разрешений и допускает автоматическую передачу в сеть оператора связи любых голосовых/текстовых сообщений, сформированных Пользователем для конечных получателей.

Следовательно, Пользователь <...>, не имея предварительного согласия абонента номера <...> на получение рекламы, в нарушение взятых на себя обязательств сформировала голосовое сообщение с рассматриваемой рекламой и инициировала его автоматическую отправку с использованием возможностей Интернет-сервис botto.ru, а Правообладатель (Сервис) — ИП Разиньков Р.В., обеспечивающий функционирование Интернет-сервиса botto.ru и технологически имеющий доступ к сети связи по выделенным для этих целей абонентским номерам, осуществил такую отправку в сеть связи с использованием абонентского номера <...>.

Следовательно, ИП Разиньков Р.В., являясь рекламодателем, обязан был действовать по правилам части 1 и части 2 статьи 18 Федерального закона «О рекламе». <...> не является рекламодателем, поскольку лишь загружает имеющиеся у неё файлы посредством сайта botto.ru для последующего их распространения по сетям электросвязи.

В материалах дела № 078/05/18-663/2022 отсутствует предварительное согласие заявителя на получение звонков рекламного характера, распространенных ИП Разиньковым Р.В.

В соответствии с требованиями части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

Согласно Письму ФАС России от 11.11.2019 № ДФ/98054/19 «О надлежащих доказательствах при выявлении нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе»: «...Федеральным законом «О рекламе» установлен однозначный запрет на распространение рекламы по сетям электросвязи при отсутствии согласия абонента.

Федеральный закон «О рекламе» возлагает обязанность доказывания факта наличия

согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи на рекламодателем.

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 п. 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 от конкретного рекламодателя. Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Также необходимо отметить, что по мнению ФАС России, 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....».

Согласно поступившему заявлению физического лица, владельца телефонного номера <...>, согласие на получение рекламы он не давал. Соответственно, волеизъявление абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя не выражено.

Более того ИП Разиньков Р.В. в своем пояснении (вх. № 14139-ЭП/22 от 30.05.2022) подтвердил, что рекламный звонок поступил на абонентский номер заявителя без предварительного согласия абонента на получение рекламы.

Таким образом, распространение по сети подвижной радиотелефонной связи рекламы «Здравствуйте, у нас для Вас уникальное предложение: квартиры комфорт-класса в Долгопрудном, цены начинаются от 5 миллионов рублей, несколько вариантов отделки, 10 минут от МКАД, ипотека от 5%. Хотите узнать подробности — нажмите один. Хотите, чтобы мы перезвонили Вам позже — нажмите два. Не хотите получать подобное предложение — нажмите три» было осуществлено с нарушением части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе».

В соответствии с частью 7 статьи 38 Федерального закона «О рекламе» за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 настоящего Федерального закона несет рекламодатель.

С учётом изложенного, ИП Разиньков Р.В. несет ответственность за распространение ненадлежащей рекламы.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

На основании пункта 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламодателям, операторам рекламных систем обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. При этом предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе выдается на основании решения антимонопольного органа о признании рекламы ненадлежащей (часть 3

статьи 33 Закона о рекламе).

В связи с тем, что в настоящее время в Санкт-Петербургском УФАС России отсутствует документальное подтверждение устранения ИП Разиньковым Р.В допущенных нарушений законодательства о рекламе, Комиссия приходит к выводу о необходимости выдачи ИП Разинькову Р.В предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Выбранный Санкт-Петербургским УФАС России способ защиты общественных отношений основан положениях ФЗ «О рекламе» и направлен на защиту прав потребителей.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13 марта 2006 года № 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

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу, распространенную ИП Разиньковым Р.В 30.04.2022 в 12:53 на абонентский номер заявителя <...>, посредством совершения звонка с использованием автоматического дозвонивания от абонента с номером <...>, поскольку в ней нарушены требования установленные частью 1, частью 2 статьи 18 ФЗ «О рекламе».
2. Признать в действиях рекламораспространителя: ИП Разинькова Р.В нарушение части 1 и части 2 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38 ФЗ «О рекламе», которое выразилось в распространении рекламы услуг по приобретению недвижимости без согласия абонента и с использованием автоматического дозвонивания.
3. Выдать рекламораспространителю ИП Разинькову Р.В (адрес места нахождения: ул. им. Р.Мажатова, д. 1Б, кв. 8, м.р- н Шелковской, Чеченская Республика, 366108, ОГРНИП: 306463230000092, ИНН 463226602234), предписание об устранении допущенных нарушений, указанных в п. 2 настоящего решения.
4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Санкт- Петербургского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении в отношении ИП Разинькова Р.В дела об административном правонарушении, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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