

РЕШЕНИЕ

по делу № 055/05/18-981/2021

24 ноября 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 – <...>, врио заместителя руководителя Омского УФАС России,

члены Комиссии: <...>,

рассмотрев дело № 055/05/18-981/2021 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, извещенного надлежащим образом, ИП <...>, в извещении которой предприняты необходимые действия,

УСТАНОВИЛА:

В адрес Омского УФАС России из ФАС России направлено заявление гражданина <...> по факту поступления на его абонентский номер <...> 01.09.2021 в 18:40 час. от абонента <...> звонка рекламного характера следующего содержания:

«-Алло.

-Алло. Здравствуйте.

- Здравствуйте.

- Я звоню из московского центра ортопедии и неврологии. Приглашаем вас на консультацию без оплаты. Если вас беспокоит... Вас что-нибудь беспокоит? Мы можем помочь...

-Скажите еще раз, как называется ваша клиника?

- Московский центр ортопедии и неврологии.

- У вас есть согласие, мое согласие на получение рекламы от вас?

- Извините. Всего доброго. До свидания».

По информации, представленной ПАО «ВымпелКом», абонентский номер <...> выделен абоненту – ИП <...> на основании Договора об оказании услуг связи «Билайн» № 803631286 от 30.06.2021.

Определением Омского УФАС России от 11.10.2021 в отношении ИП <...> было возбуждено дело № 055/05/18-981/2021 по признакам нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе». Заседание Комиссии по рассмотрению дела назначено на 03.11.2021 в 15:00 часов.

Вместе с тем Указом Президента Российской Федерации от 20.10.2021 № 595 «Об установлении на территории Российской Федерации нерабочих дней в октябре - ноябре 2021 г.» с 30 октября по 7 ноября 2021 года включительно установлены нерабочие дни.

Учитывая изложенное, определением Омского УФАС России от 22.10.2021 срок рассмотрения дела № 055/05/18-981/2021 был продлен, рассмотрение назначено на 24.11.2021 в 15:30 часов. Копия определения направлена по адресу места жительства ИП <...> (<...>) заказным письмом с уведомлением от 22.10.2021 № 06-10364, вместе с тем, согласно информации, размещенной на официальном сайте ФГУП «Почта России» (<http://www.russianpost.ru>), данное письмо (почтовый идентификатор отправления 64401051984345) ИП <...> получено не было и хранится в почтовом отделении с отметкой от 27.10.2021 «Неудачная попытка вручения».

Согласно выписке из Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей по состоянию на 04.10.2021 адресом места жительства (пребывания) ИП <...> является: <...>.

В соответствии с пунктом 63 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела 1 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» «...по смыслу пункта 1 статьи 165.1 ГК РФ **юридически значимое сообщение, адресованное гражданину, должно быть направлено по адресу его регистрации по месту жительства или пребывания либо по адресу, который гражданин указал сам (например, в тексте договора), либо его представителю (пункт 1 статьи 165.1 ГК РФ)...**

*При этом необходимо учитывать, что гражданин, индивидуальный предприниматель или юридическое лицо несут риск последствий неполучения юридически значимых сообщений, доставленных по адресам, перечисленным в абзацах первом и втором настоящего пункта, а также риск отсутствия по указанным адресам своего представителя. Гражданин, сообщивший кредиторам, а также другим лицам сведения об ином месте своего жительства, несет риск вызванных этим последствий (пункт 1 статьи 20 ГК РФ). **Сообщения, доставленные по названным адресам, считаются полученными, даже если соответствующее лицо фактически не проживает (не находится) по указанному адресу».***

Согласно части 1 статьи 165.1 Гражданского кодекса Российской Федерации заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю.

Сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним.

Таким образом, Комиссия Омского УФАС России полагает, что в извещении ИП <...> предприняты достаточные меры по надлежащему извещению лица о времени и месте рассмотрения дела № 055/05/18-981/2021.

На запрос Омского УФАС России ИП <...> представлена информация (вх. № 9902 от 07.10.2021, вх. № 10773 от 07.11.2021) согласно которой «...информация, поступившая на указанный Вами номер имела случайный характер, поскольку данная информация предназначалась третьему лицу, с которым заключено соответствующее соглашение на предоставление интересующей его информации. В связи с тем, что в процессе беседы было выяснено, что указанный Вами абонент не является лицом, с которым у меня заключено соглашение, то данная информация не была представлена в интересующем моего клиента объеме. Данная информация была получена для вполне конкретного лица в процессе мониторинга ряда клиник об акциях и предложениях и является платной и носящей индивидуальный характер, поскольку как видно из ее содержания она не представляет интереса ни у кого кроме заинтересованного лица...

...Указанные сообщения представляют 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....».

Рассмотрев материалы настоящего дела, Комиссия пришла к следующему выводу.

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 объекту рекламирования - московскому центру ортопедии и неврологии;
- 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 рекламодателя 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 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 рекламодателя.**

Учитывая изложенное, согласие на получение рекламной информации по сетям электросвязи может быть получено в устной форме при соблюдении следующих условий:

- проведение идентификации абонента;
- согласие должно быть **предварительным**, то есть рекламная информация может быть

озвучена только после получения согласия;

- **формулировка** на получение согласия должна быть **однозначной и недвусмысленной, позволяющей точно определить, что звонящий спрашивает согласие на доведение до абонента информации именно рекламного характера;**

- **формулировка** на получение согласия должна **предоставлять возможность абоненту изначально отказаться от получения (прослушивания) рекламной информации.**

Согласно аудиозаписи телефонного разговора, представленной заявителем, оператором в устной форме была озвучена формулировка: «Я звоню из московского центра ортопедии и неврологии. Приглашаем вас на консультацию без оплаты...», которая свидетельствует о том, что **предварительного согласия абонента на получение рекламной информации запрошено не было, рекламная информация была озвучена сразу же после того, как заявителем было произнесено «Здравствуйте».**

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.

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».

Рассмотрев материалы дела, учитывая пояснения заявителя об отсутствии его согласия на получение рекламы, наличие договора об оказании услуг связи «Билайн» № 803631286 от 30.06.2021, заключенного между ИП <...> и ПАО «ВымпелКом», Комиссия Омского УФАС России пришла к выводу о нарушении ИП <...> требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» при распространении 01.09.2021 в 18:40 час. в адрес гражданина (абонентский номер <...>) посредством радиотелефонной связи рекламы без предварительного согласия абонента на ее получение.

Учитывая пояснения Заявителя о том, что в настоящее время звонки рекламного характера с абонентского номера <...> в его адрес не поступают, 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

01.09.2021 в 18:40 час. в адрес гражданина (абонентский номер <...>) с абонентского номера <...> посредством радиотелефонной связи 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 25 ноября 2021 года.

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

Председатель Комиссии<...>

Члены Комиссии: <...>