

Комиссия Волгоградского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии - заместитель руководителя Управления
Члены Комиссии - заместитель начальника отдела –
- главный специалист - эксперт –

рассмотрев дело № 034/05/18-476/2021, возбуждённое в отношении ИП С.М.В. (ОГРНИП 315344300000547, г. Сочи) по признакам нарушения ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

в отсутствие представителей сторон, уведомленных надлежащим образом о времени и месте рассмотрения дела,

УСТАНОВИЛА:

Антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий государственный надзор за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе, в том числе предупреждает, выявляет и пресекает нарушения физическими или юридическими лицами законодательства Российской Федерации о рекламе; возбуждает и рассматривает дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (ч. 1 ст. 33 Закона о рекламе).

Территориальный антимонопольный орган Федеральной антимонопольной службы, осуществляющий надзор за соблюдением законодательства о рекламе, руководствуется в своей деятельности Правилами рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922 (далее - Правила).

В соответствии с п. 13 Правил основанием для возбуждения и рассмотрения антимонопольным органом дела являются: а) поступление из государственных органов и органов местного самоуправления заявлений о нарушении законодательства и материалов, указывающих на наличие признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе; б) представление прокурора; в) заявление о нарушении законодательства; г) собственная инициатива в случае обнаружения антимонопольным органом признаков нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В Волгоградское УФАС России 04.03.2021 вх. № 2030 поступило заявление Г.В.С. с жалобой на поступление 03.03.2021 в 11:15 с номера +7 9608890835 на его номер телефона (+7 902...) нежелательного звонка с предложением услуг стоматологии («Алло, здравствуйте. Стоматология приглашает на

бесплатную диагностику...»).

В доказательство заявителем приложена аудиозапись звонка, а также детализированная выписка по номеру телефона заявителя - абонента ПАО «Мегафон», которая подтверждает поступление указанного звонка, а также тот факт, что абонент при использовании услуг связи находился в Волгоградской области.

Заявитель указал, что согласия на получение рассматриваемой рекламы не давал.

В соответствии с данными, представленными ПАО «ВымпелКом» в письме от 12.04.2021 вх. № 3734, номер телефона +7 9608890835, с которого заявителю поступил нежелательный звонок, предоставлен в пользование ИП С.М.В. (ОГРНИП 315344300000547, г. Сочи).

По результатам рассмотрения заявления определением от 23.04.2021 было возбуждено дело № 034/05/18-476/2021.

На рассмотрение дела от ИП С. М.В. поступили письменные пояснения по делу (вх. № 5090 от 14.05.2021), в которых индивидуальный предприниматель не согласилась с вменяемым правонарушением. В частности, ИП Самойлова М.В. указала, что, по её мнению, в доведенной до заявителя информации нельзя выделить объект рекламирования, поскольку не указана конкретная стоматология и/или конкретные стоматологические услуги, к которым привлекается внимание. Кроме того, индивидуальный предприниматель считает, что информация не была предназначена для неопределенного круга лиц.

ИП С. М.В. указывает, что звонок заявителю был осуществлен с целью предоставления информации.

В письме от 01.06.2021 вх. № 5919 ИП С. М.В. уточнила, что звонок был осуществлен с целью предоставления информации о возможности получения бесплатной консультации, скрипт (сценарий разговора) с абонентом не составлялся.

От заявителя дополнительной информации, в том числе указывающей на продолжение поступления звонков с информацией о стоматологической клинике, не поступило.

Рассмотрев материалы дела № 034/05/18-476/2021, с учетом доводов сторон комиссия установила следующее.

В соответствии с п. 1 ст. 3 Закона 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, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации. 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.

Согласно п. 2 ст. 3 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.

В п. 3 ст. 3 Закона о рекламе под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

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) оптовому покупателю и конечному потребителю.

Признаком любой рекламы является ее способность стимулировать интерес к объекту для продвижения его на рынке, сформировать к нему положительное отношение и закрепить его образ в памяти потребителя.

В рассматриваемом случае доведенная до заявителя информация отвечает всем квалифицирующим признакам рекламы:

- распространена посредством телефонной связи;
- адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста телефонного разговора однозначно следует отсутствие у сотрудника колл-центра сведений о получателе рекламного сообщения;
- направлена на привлечение внимания к рекламируемому товару – услугам (бесплатная диагностика в стоматологии).

Отсутствие во вступительной части разговора с абонентом наименования

конкретной клиники не доказывает отсутствие объекта рекламирования, поскольку как следует из п. 2 ст. 3 Закона о рекламе объектом рекламирования может выступать не только средство индивидуализации продавца или товара, но и сам товар (услуга), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

В соответствии с ч. 1 ст. 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 в ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе закрепляется презумпция отсутствия указанного согласия абонента или адресата, поскольку в соответствии с ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе 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.

Рекламодатель, прежде чем направить какому-либо лицу рекламу по сетям электросвязи, должен удостовериться, что данное лицо выразило свое согласие на получение рекламы.

Согласно п. 35 ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) под электросвязью понимаются любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Абонент, согласно п. 1 ст. 2 Закона о связи - это пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации.

Исходя из правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в п. 15 постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» (далее - постановление Пленума № 58), согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

В связи с этим, 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 недвусмысленной, позволяющей точно определить, что звонящий спрашивает согласие на доведение до абонента информации именно рекламного характера; формулировка на получение согласия должна предоставлять абоненту изначально отказаться от получения (прослушивания) рекламной информации.

Вместе с тем, согласие абонента 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. 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 рекламной информации, а сама форма согласия должна быть прямой и недвусмысленно выражающей соответствующее согласие (абонент прямо выражает согласие на получение рекламы), а не опосредованной и обусловленной введением абонента в заблуждение относительно цели телефонного звонка.

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 ч. 2 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Оценивая содержание телефонного разговора в указанной части, следует признать, что до абонента в рассматриваемом случае не была доведена информация относительно предстоящего распространения в его адрес именно рекламной информации. При этом необходимо учитывать, что в рассматриваемом случае до абонента уже изначально доводится информация о возможности пройти диагностику в стоматологии.

ИП С. М.В. не представлено доказательств получения предварительного согласия абонента на предложение услуг стоматологии в рекламных целях до самого факта совершения звонка и озвучивания предлагаемых услуг.

По смыслу ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе её действие направлено на ограждение абонентов от нежелательных для них телефонных звонков (sms-сообщений, сообщений, передаваемых иным видом электросвязи) с рекламной информацией, на получение которой они не давали своего согласия, вне зависимости от того, под какую именно информацию такая реклама завуалирована ее распространителем с целью придания своим действиям видимости законности. При этом, даже указание на информационный характер передаваемого сообщения не отменяет его рекламного содержания и не освобождает распространяющее его лицо от обязанности по получению согласия абонента на распространение в его адрес именно рекламной информации, а не любой, обще и опосредованно связанной с объектом рекламирования.

Учитывая факт распространения на телефонный номер подателя жалобы информации рекламного характера и отсутствие бесспорных и объективных доказательств предоставления таким лицом своего согласия на ее распространение спорная реклама в настоящем случае распространена с нарушением требований ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (п. 7 ст. 3 Закона о рекламе).

С учетом полученных в рамках рассмотрения дела сведений в рассматриваемом случае ИП С. М.В. выступила в качестве рекламораспространителя.

В соответствии с п. 4 ст. 3 Закона о рекламе реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

В соответствии с п. 7 ст. 38 Закона о рекламе рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе.

Согласно ч. 3 ст. 36 Закона о рекламе предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе выдается на основании решения антимонопольного органа о признании рекламы ненадлежащей и должно содержать указание о прекращении ее распространения.

На момент рассмотрения дела № 034/05/18-476/2021 ИП С. М.В. не представлено доказательств о том, что распространение спорной рекламы в адрес заявителя прекращено. Таким образом, комиссией Волгоградского УФАС установлены основания для выдачи предписания.

Руководствуясь ч. 2 п. 1 ст. 33, ч. 1 ст. 36 Закона о рекламе, 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 стоматологических услуг, полученную заявителем 03.03.2021 в 11:15 с номера +7 9608890835 на номер телефона +7 902... посредством звонка, поскольку в ней нарушены требования ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе.
2. Выдать ИП С. (ОГРНИП 315344300000547, адрес регистрации: г. Сочи) предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Волгоградского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном ч. 1 ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение изготовлено в полном объеме 24 июня 2021 года.

Резолютивная часть решения оглашена 09 июня 2021 года.

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