

...

...

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 063/05/18-821/2022

13 декабря 2022 г.
г. Самара

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Самарской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

Председатель Комиссии – ...

./;

Члены Комиссии – ...

..

..

рассмотрев дело № 063/05/18-821/2022, возбужденное в отношении ООО «Олимп» по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе» от 13.03.2006г № 38-ФЗ (далее – ФЗ «О рекламе»),

в отсутствии представителя:

заявителя – ...

списком внутренних почтовых отправлений № 151 от 14.11.2022 г., чеком ККМ от 14.11.2022, а также посредством электронной почты, что подтверждается

материалами дела;

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО «Олимп» (), лицо уведомлялось надлежащим образом посредством почтовой связи, что подтверждается отчетом об отправке отправления с идентификатором 80094078426264 с атрибутом «вручение адресату 16.11.2022», списком внутренних почтовых отправлений № 151 от 14.11.2022 г., чеком ККМ от 14.11.2022, а также посредством электронной почты, что подтверждается материалами дела;

заинтересованного лица _____

эксперта _____

переводчика _____

УСТАНОВИЛА:

В адрес Управления Федеральной антимонопольной службы по Самарской области (далее – Самарское УФАС России) поступило заявление ...

о возможном нарушении части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»), выразившемся в осуществлении рекламного звонка без согласия абонента 18.08.2022 г. в 11:22 на номер ...

В силу специфики нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» антимонопольный орган не может самостоятельно получить информацию о поступлении абоненту SMS-сообщения, телефонного звонка или push-уведомления, изображения SMS-сообщения или push-уведомления, аудиозапись телефонного звонка, а также сведения об отсутствии согласия абонента на получение рекламы указанными способами.

В соответствии с письмом ФАС России от 11.11.2019 № ДФ/98054/19 «О надлежащих доказательствах при выявлении нарушения требований части 1 статьи 18 Федерального закона «О рекламе», ввиду того, что сведения о соединениях конкретного абонента определенного номера по сетям электросвязи составляют тайну связи, для направления соответствующих запросов и получения необходимой информации антимонопольному органу требуется получение согласия абонента на получение антимонопольным органом необходимых сведений от оператора связи, оказывающему абоненту услуги связи, о факте поступления нежелательного SMS-сообщения, push-уведомления, телефонного звонка и о лицах, их направивших, следующего содержания: «Я, ФИО, серия и номер паспорта, даю согласие на получение УФАС России по Самарской области информации о детализации счета,

телефонных соединениях, СМС-сообщениях, иных переданных данных дата/период поступления данных на/от абонентский номер номер телефона в сети оператора связи название оператора связи», удостоверенное личной подписью.

Заявителем было представлено согласие.

Из Акта осмотра аудиозаписи № 1 от 22.08.2022 установлено следующее содержание звонка: Стенограмма записи (З - звонивший; П – получатель звонка):

П: - Алло.

З: - Не кладите трубку, оператор ответит вам менее чем через минуту. Здравствуйте, удобно разговаривать?

П: - Здравствуйте, а кто звонит?

З: - Меня зовут Светлана звоню из стоматологии города Самары. В рамках ознакомительного приема приглашаю вас на без затратное лечение кариеса и полную диагностику полости рта, которая включает в себя снимок и интраоральная камера, на которой вы увидите все проблемы на мониторе в цветном режиме. Данный прием проводится с целью ознакомления с нашими докторами и клиникой. Также есть возрастные ограничения, поэтому, скажите пожалуйста сколько вам полных лет?

П: - А какая стоматология?

З: - Кристалл Клиник, слышали что-нибудь про нас?

П: - Да.

З: - Так, где находимся знаете?

П: - А скажите пожалуйста.

З: - Находимся на Ершовского, 18, район оврага Подпольщиков, примерно представляете, где это?

П: - Да, я уже звонил туда. С таким же предложением звонили из кол-центра, я на фоне слышу ваших операторов других. Мне хочется подать заявление исковое в УФАС на вас как на рекламодателя.

Согласно пункту 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе», реклама – это информация, распространённая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии с пунктом 2 статьи 3 ФЗ «О рекламе», объект - 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.

Таким образом, рассматриваемый звонок является рекламным и направлен на привлечение внимания к стоматологическим услугам от «Кристалл Клиник».

Самарским УФАС России были направлены запросы в адрес: ПАО «МегаФон» (исх. № 8320/8 от 05.09.2022) и ПАО «ВымпелКом» (исх. № 8321/8 от 05.09.2022).

Согласно ответу ПАО «МегаФон» (вх. № 12030-ЭП-ДСП/22 от 13.09.2022) номер

...

выделен ...

на основании договора на оказание услуг связи № 2032522 от 03.08.2009.

Также, согласно ответу ПАО «ВымпелКом» (вх. № 12212/22 от 16.09.2022), номер на основании договора услуг связи «Билайн» № 798998439 от 31.05.2021 выделен ООО «Олимп» (...

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 рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В заявлении ...

указал, что не давал согласия на получение рекламы от ООО «Олимп».

В статье 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – ФЗ «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 - 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.

Согласно пункту 1 статьи 44.1 ФЗ «О связи» рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи (далее также – рассылка) 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 или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

При этом, ФЗ «О рекламе» не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

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 рекламодателя.

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 рекламодателя.

Таким образом, Самарским УФАС России установлено, что рассматриваемая реклама в виде звонка была распространена с нарушением части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

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

ООО «Олимп» является рекламодателем, так как номер принадлежит ему на основании договора услуг связи «Билайн» № 798998439 от 31.05.2021.

Согласно пункту 6 статьи 38 ФЗ «О рекламе» рекламодатель несет ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Кроме того, согласно выписке ЕГРЮЛ юридический адрес ООО «Олимп»: ул. Ершовского 18, г. Самара. Данный адрес упоминается в звонке как адрес нахождения «Кристалл Клиник» и основным видом деятельности ООО «Олимп» согласно выписке, является стоматологическая практика (№ 86.23).

На основании пункта 2 части 1 статьи 33, части 1, 2 статьи 36 ФЗ «О рекламе»

и в соответствии с пунктами 24-26 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Самарского УФАС России возбудила производство по делу № 063/05/18-821/2022 по признакам нарушения рекламного законодательства, заседание Комиссии было назначено на 10.11.2022.

10.11.2022 Комиссия приняла решение продлить срок рассмотрения дела и отложить рассмотрение дела на основании пункта 31 Правил (определение о продлении срока и об отложении рассмотрения дела № 063/05/18-821/2022).

В адрес Самарского УФАС России поступили письменные пояснения от ООО «Олимп» (вх. № 14583/22 от 28.10.2022), согласно которым сообщило, что в соответствии с пунктом 14.4. условий оказания услуг ПАО «МегаФон», размещённых на сайте <https://samara.megafon.ru/corporate/help/term>, подписывая договор абонент предоставляет, оператору на весь срок действия договора согласие на получение рекламы при использовании услуг, а также использование сведений об абоненте. Также указало, из содержания аудиозаписи нельзя установить время, место и обстоятельства, при которых она производилась.

Также, в ответ на указанное определение заявитель, пояснил, что ранее он не обращался в стоматологию «Кристалл клиник» по адресу ул. Ерощевского, д. 18, г. Самара и не передавал никаких персональных данных, в том числе свой личный номер телефона ООО «Олимп».

Комиссия Самарского УФАС России, всесторонне, полно и объективно изучив, и проанализировав материалы дела № 063/05/18-821/2022 и доказательства, приходит к следующим выводам.

Согласно пункта 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе», реклама – это информация, распространённая любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределённому кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» 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.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный номер лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер телефонного звонка.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к ФЗ «О рекламе» следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, 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.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

При этом в случае направления посредством телефонного звонка информации, содержащей сведения о товарах, услугах, мероприятиях конкретного лица или о самом лице (сведения об объекте рекламирования), такая информация может признаваться рекламой, если она носит обобщенный характер, способна формировать интерес к данному объекту рекламирования не только непосредственно у лица, которому поступила такая информация, но и у иного лица. Такие сведения не носят персонализированного характера, несмотря на личное обращение (упоминание имени и отчества абонента), представляют интерес для неопределенного круга лиц и являются рекламой.

В распространенной рекламе отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Текст рекламы не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

Таким образом, на основании указанного, рассматриваемая информация, относиться к рекламе, а следовательно, должна соответствовать нормам ФЗ «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.

При этом, ФЗ «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 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. 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 рекламодателя.

В ходе рассмотрения дела ООО «Олимп» не были представлены доказательства свидетельствующие о наличии согласия заявителя на получение от ООО «Олимп» рекламных звонков.

Кроме того, вопреки доводам ООО «Олимп», стоит указать следующие.

В пункте 14.4 условия оказания услуг связи ПАО «МегаФон», на который ссылается ООО «Олимп», указано, что абонент обязан выполнять требования Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» и правил оказания соответствующих видов услуг связи, в том числе сообщать Оператору достоверные сведения, указанные в настоящих Условиях, и необходимые для надлежащего исполнения Оператором своих обязательств, при этом в пояснениях содержание данного пункта иное.

Также, согласно пункту 14.14.3 подписывая договор, абонент предоставляет оператору на весь срок действия договора согласие на поручение Оператором на основании договора третьим лицам обработки и передачу Оператором таким третьим лицам как полностью, так и части персональных

данных, в том числе составляющих сведения об Абоненте (за исключением сведений, составляющих тайну связи), в целях исполнения или в связи с исполнением Договора (в том числе для целей хранения Договоров об оказании услуг связи), в целях, предусмотренных п. 14.14.2 настоящих Условий, а также в целях исполнения Оператором обязательств или исполнения перед Оператором третьими лицами обязательств по договорам, направленным на улучшение услуг связи, исполнение Оператором возложенных на него нормативными правовыми актами обязанностей (в том числе в сфере противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма), предотвращение и противодействие мошенничеству, нежелательным вызовам и распространению вредоносного программного обеспечения, связанного с использованием услуг связи, а также оказание информационно-статистических услуг.

При этом, в своем ответе ПАО «МегаФон» (вх. № 12030-ЭП-ДСП/22 от 13.09.2022) не представило договора с ООО «Олимп».

Необходимо также отметить, что осуществление данного рекламного звонка подтверждается детализацией оказанных услуг с 18.08.2022 11:22:00 по 18.08.2022 11:23:00, из которой можно установить местонахождение при осуществлении входящего звонка, дату и время осуществления звонка.

Таким образом, ООО «Олимп» рассматриваемый рекламный звонок, был осуществлен в обход процедуры получения согласия заявителя на получение рекламных звонков, что нарушает часть 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

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

ООО «Олимп» является рекламораспространителем, так как номер принадлежит ему на основании договора услуг связи «Билайн» № 798998439 от 31.05.2021.

Согласно пункту 6 статьи 38 ФЗ «О рекламе» рекламораспространитель несет ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

ООО «Олимп» является рекламораспространителем, что подтверждается материалами дела, в том числе:

1. Заявлением ...

..;

2. Актом осмотра аудиозаписи № 1 от 22.08.2022 г.;

3. Сведениями, представленными ПАО «МегаФон» (вх. № 12030-ЭП-ДСП/22 от

13.09.2022) ;

4. Сведениями, представленными ПАО «ВымпелКом» (вх. № 12212/22 от 16.09.2022)

5. Служебной запиской Самарского УФАС России;

6. Определением о возбуждении дела № 063/05/18-821/2022 от 01.10.2021 г.;

Одной из целей ФЗ «О рекламе» является реализация права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы (статья 1 ФЗ «О рекламе»). Закон направлен на предупреждение нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а также пресечение фактов ненадлежащей рекламы.

Регулирование отношений, возникающих в сфере распространения рекламы, имеет своей целью обеспечение эффективного баланса интересов потребителей рекламы и заказчиков рекламы, рекламопроизводителей и рекламораспространителей.

Пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» установлено, что реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

У Самарского УФАС России отсутствуют сведения о продолжении нарушения части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» ООО «Олимп», в связи с чем Комиссия Самарского УФАС России пришла к выводу об отсутствии оснований для выдачи предписания.

На основании вышеизложенного и руководствуясь 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, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу ООО «Олимп», распространенную без согласия абонента ., поскольку она содержит нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».
2. Предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе ООО «Олимп» не выдавать.
3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Самарского УФАС России для возбуждения дел об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса

Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ООО «Олимп».

Резолютивная часть решения оглашена 29 ноября 2022 г.

Решение изготовлено в полном объеме 13 декабря 2022 г.

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

Председатель Комиссии

...

Члены Комиссии

...