

Решение

по делу № 029/05/18-744/2023

Резолютивная часть оглашена «19» октября 2023 года

Решение в полном объеме изготовлено «19» октября 2023 года г. **Архангельск**

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Архангельской области (далее по тексту – Архангельское УФАС России, Управление) по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе в составе:

Председатель Комиссии	-	заместитель руководителя-начальник отдела антимонопольного контроля и рекламы Архангельского УФАС России;
Члены Комиссии:	-	главный специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы Архангельского УФАС России;
	-	ведущий специалист-эксперт отдела антимонопольного контроля и рекламы Архангельского УФАС России,

рассмотрев дело № 029/05/18-744/2023, возбужденное 04.08.2023 в отношении ИП М по признакам нарушения требований ч. 1, ч. 2 ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее по тексту - ФЗ «О рекламе»),

в отсутствие:

- - - заявителя — <...>,
 - представителя ИП М

УСТАНОВИЛА:

15.06.2023 (вх. № 4896-ЭП/23) в адрес Архангельского УФАС России из ФАС России поступило заявление гражданина <...> (далее — <...>, Заявитель) о телефонном звонке рекламного характера, поступившего 05.06.2023 в 14:29 на его абонентский номер +7-9... с номера +7-9..., согласия на получение, которого Заявитель не давал.

В качестве доказательства Заявителем представлена аудиозапись следующего содержания:

«-Алло.

- Здравствуйте. Меня зовут Ольга и я из юридической компании. Мы помогаем гражданам законно освободиться от обязанностей выплачивать долги кредиты, если Вам актуально, наше предложение на один, если нет. Если нет - нажмите ноль и мы Вас больше не побеспокоим».

Согласие на получение рекламного звонка Заявитель не давал, в связи с чем, по его мнению, имеются признаки нарушения требований ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»).

В соответствии с данными <https://zniis.ru> телефонный номер +7-9... выделен оператору ПАО «М».

ПАО «М» сообщило, что телефонный номер +7-9... передан в пользование ИП М в рамках договора об оказании услуг связи №

На запрос Архангельского УФАС России ИП М в адрес Управления объяснений и пояснений не представил.

В соответствии с п. 7 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее — Правила №1922), утвержденных Постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922, Федеральная антимонопольная служба вправе поручить своему территориальному органу возбудить и (или) рассмотреть возбужденное дело по ходатайству своего территориального органа или по собственной инициативе независимо от места нахождения (места жительства) лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, или места распространения рекламы.

В силу п. 3 и 4 Правил дела по фактам распространения рекламы, содержащей признаки нарушения ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», возбуждаются и рассматриваются территориальным органом Федеральной антимонопольной службы по месту нахождения (месту жительства) юридического или физического лица, подавшего заявление в антимонопольный орган, указывающее на признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Учитывая изложенное, при поступлении на электронную почту территориального органа письма, содержащего заявление гражданина о нарушении ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», от отправителя «ФАС России» (адрес электронной почты: delo@fas.gov.ru), такое заявление подлежит рассмотрению по существу

получившим его территориальным органом в установленный законом срок.

Учитывая изложенное, при поступлении в адрес территориального органа письма, содержащего заявление гражданина о нарушении ст. 18 ФЗ «О рекламе», такое заявление подлежит рассмотрению по существу получившим его территориальным органом в установленный законом срок.

04.08.2023 в отношении ИП М возбуждено дело по признакам нарушения требований ч. 1, ч. 2 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

В определении о возбуждении дела № 029/05/18-744/2023 от 04.08.2023 ИП М предлагалось представить письменные объяснения, пояснения, возражения при наличии по вменяемому нарушению с приложением необходимых документов и правовым обоснованием своей позиции.

На определение о возбуждении дела по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ИП М представил письменные пояснения, где сообщил следующее.

25.04.2023 между ИП М (заказчик) и А (исполнитель) заключен договор на оказание рекламных услуг №...(Договор). Согласно п. 2.2 Договора Исполнитель гарантирует, что содержание и форма предоставляемых Заказчиком рекламных материалов не нарушает и не влечет за собой нарушение каких-либо прав третьих лиц и действующего законодательства РФ в том числе, но, не ограничиваясь ФЗ «О рекламе». Ответственность за изготовление рекламных материалов на предмет соответствия законодательству РФ, в частности ФЗ «О рекламе» в полной мере несет исполнитель.

Также ИП М отмечает, что согласно п. 9 постановления правительства от 10 марта 2022 г. № 336 Должностное лицо контрольного (надзорного) органа, уполномоченного на возбуждение дела об административном правонарушении, в случаях, установленных законодательством, вправе возбудить дело об административном правонарушении, если состав административного правонарушения включает в себя нарушение обязательных требований, оценка соблюдения которых является предметом государственного контроля (надзора), муниципального контроля (за исключением государственного контроля (надзора) за деятельностью органов государственной власти и органов местного самоуправления), исключительно в случае, предусмотренном пунктом 3 части 2 статьи 90 Федерального закона «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» (за исключением случаев необходимости применения меры обеспечения производства по делу об административном правонарушении в виде временного запрета деятельности).

В указанном пункте 3 части 2 статьи 90 Федерального закона «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» сообщается следующее: 2. В случае выявления при проведении контрольного (надзорного) мероприятия нарушений обязательных требований контролируемым лицом контрольный (надзорный) орган в пределах полномочий, предусмотренных

законодательством Российской Федерации, обязан при выявлении в ходе контрольного (надзорного) мероприятия признаков преступления или административного правонарушения направить соответствующую информацию в государственный орган в соответствии со своей компетенцией или при наличии соответствующих полномочий принять меры по привлечению виновных лиц к установленной законом ответственности; однако проведение контрольного (надзорного) мероприятия в 2023 обусловлено п. 3 постановления правительства от 10 марта 2022 г. № 336 а именно , изложен исчерпывающий перечень для проведения плановых контрольных (надзорных) мероприятий и внеплановых контрольных (надзорных) мероприятий. Оснований для проведения Контрольно(надзорных) мероприятий в данном случае отсутствуют.

Определением об отложении рассмотрения дела № 029/05/18-744/2023 от 04.09.2023 рассмотрение дела отложено на 19.10.2022.

На определение об отложении рассмотрения дела от 04.09.2023 (исх. № 4681/23) ИП М в дополнение пояснил следующее.

В соответствии с договором оказания рекламных услуг: распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной, радиотелефонной связи. Таким образом, по мнению ИП М, А самостоятельно выбирает продвижение рекламного сообщения без дополнительного согласования с заказчиком. Ввиду того, что была задействована рекламная кампания по привлечению клиентов, контроль за распространением информации ИП М в отношении А не проводил, а проверял статистику в рамках рекламной кампании.

Кроме того, ИП М представил письменные объяснения А, что им при создании рекламы использовались материалы, находящиеся в общем доступе в сети интернет. А с ИП М был заключен договор оказания услуг, с целью проведения рекламной кампании «под ключ». Спорная реклама распространялась с момента публикации до момента сообщения ИП М о нарушении законодательства. Иных сведений от сторон в адрес Управления не поступало.

Исследовав собранные по настоящему делу документы и материалы в их совокупности, и при этом не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения настоящего дела, Комиссия приходит к следующим выводам.

Согласно п. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе» рекламой является 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.

В соответствии со ст. 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 ч. 1 ст. 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.

Рассматриваемая реклама не является персональным предложением заявителю, а направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования – продажа юридических услуг, имеет целью формирование и поддержание интереса к нему и

его продвижению на рынке, т.е. отвечает законодательному определению рекламы, приведенному в п. 1 ст. 3 ФЗ «О рекламе».

Согласно ч. 11 ст. 5 ФЗ «О рекламе» при производстве, размещении и распространении рекламы должны соблюдаться требования законодательства Российской Федерации, в том числе требования гражданского законодательства, законодательства о государственном языке Российской Федерации.

В соответствии с ч. 1 ст. 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 силу ч. 2 ст. 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 ч. 2 ст. 18 ФЗ «О рекламе», подпадают 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.

Таким образом, звонок 05.06.2023 в 14:29 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.

Согласно п. 4 ст. 3 ФЗ «О рекламе», реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Согласно поступившему заявлению <...>, владельца телефонного номера +7-9..., согласие на получение рекламы он не давал, в связи с чем усматриваются признаки нарушения требований ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с ч. 1 ст. 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.

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 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.

В рассматриваемом случае под абонентом надлежит понимать <...>, проживающего в г. Архангельске и сообщившего антимонопольному органу о том, что он не давал согласия на получение вышеприведенного рекламного звонка. Поскольку от рекламораспространителя — ИП М в адрес антимонопольного органа не поступало доказательств получения от абонента — <...> предварительного согласия на распространение рассматриваемой рекламы, следует признать, что в данном случае согласие абонента на получение рекламы отсутствует.

Реклама продажи юридических услуг направленная 05.06.2023 в 14:29, путем осуществления телефонного звонка на абонентский номер Заявителя с номера +7-9... с нарушением ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе», является ненадлежащей.

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

При этом рекламораспространителем выступает лицо, которое совершило определенные действия по доведению рекламы до потребителя.

В силу ч. 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе» рекламораспространитель (лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств — п. 7 ст. 3 ФЗ «О рекламе») несет ответственность за нарушение требований ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе».

Из письменных пояснений, представленных ИП М в материалы рекламного дела, и пояснений, следует, что номер телефона, с которого поступил рассматриваемый

телефонный звонок, принадлежит ИП М; рассматриваемая реклама распространена в рамках агентского договора от 25.04.2023 « ... между А (исполнитель) и ИП М (заказчик) (далее - Договор). Согласно п. 2.2 Договора исполнитель гарантирует, что содержание и форма предоставляемых Заказчиком рекламных материалов не нарушает и не влечет за собой нарушение каких-либо прав третьих лиц и действующего законодательства РФ в том числе, но, не ограничиваясь ФЗ «О рекламе». Ответственность за изготовление рекламных материалов на предмет соответствия законодательству РФ, в частности ФЗ «О рекламе» в полной мере несет исполнитель. Абонентский номер Заявителя был найден исполнителем в сети «Интернет» самостоятельно.

Согласно п. 1.1.16 заказчик поручает исполнителю распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе использования телефонной, факсимильной, подвижной, радиотелефонной связи.

В соответствии с п. 3.4 заказчик имеет право получить доступ ко всем рекламным материалам, разработанными в процессе сотрудничества, а также возможность просмотра рекламных аккаунтов.

Согласно ч. 1 ст. 779 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ) по договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги.

Общие положения о подряде (ст. 702 - 729) и положения о бытовом подряде (ст. 730 - 739) применяются к договору возмездного оказания услуг, если это не противоречит ст. 779 - 782 Гражданского кодекса РФ, а также особенностям предмета договора возмездного оказания услуг.

В соответствии со ст. 715 ГК РФ Заказчик вправе во всякое время проверять ход и качество работы, выполняемой подрядчиком, не вмешиваясь в его деятельность.

Комиссией установлено, что исполнитель, осуществляя рассматриваемый телефонный звонок, действовал по поручению ИП М При этом звонок совершен с абонентского номера, доступ к которому предоставлен исполнителю ИП М

Комиссия приходит к выводу, что действия исполнителя по совершению звонка на абонентский номер <...> совершены в рамках исполнения Договора и по поручению заказчика (ИП М), поскольку направлены на поиск потенциальных клиентов, и в силу пункта 3.3 Договора одной из обязанностей исполнителя, выполняемой по поручению оператора, является распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе использования телефонной, факсимильной, подвижной, радиотелефонной связи. Иного ИП М не доказано.

Заказчик, согласно ГК РФ, имел возможность контролировать соблюдение исполнителем норм действующего законодательства и в случае его нарушения принять меры для устранения допущенного нарушения, необходимых для этого действий не совершил. Доказательства совершения таких действий ИП М не представлены.

ПАО «М» сообщило, что телефонный номер +7-9... передан в пользование ИП М в

рамках договора об оказании услуг связи №

Таким образом, с учетом всех обстоятельств рекламного дела, Комиссия пришла к выводу, что в данном случае рекламораспространителем является ИП М, поскольку без участия ИП М распространение рассматриваемой рекламы не стало бы возможным.

Нарушение требований ч. 1 ст. 18 ФЗ «О рекламе» произошло по вине рекламораспространителя рассматриваемой рекламы - ИП М

В данном случае нарушение ИП М положений законодательства о рекламе допущено вследствие ненадлежащего контроля за действиями специально привлеченного им в целях распространения рекламы лица, исполняющим свои обязанности в рамках заключенного с исполнителем Договора.

Обстоятельств, как исключающих возможность соблюдения ИП М требований рекламного законодательства, так и свидетельствующих о принятии ИП М всех зависящих от него мер по соблюдению требований рекламного законодательства, не усматривается.

Кроме того, ссылки ИП М на нарушение установленных Постановлением Правительства Российской Федерации от 10.03.2022 № 336 «Об особенностях организации и осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля» ограничений проведения контрольно-надзорных мероприятий и возбуждения дел об административном правонарушении не могут быть приняты, поскольку в настоящем случае проверка в отношении общества управлением не проводилась, а также на данный момент в отношении ИП М Архангельским УФАС России не возбуждалось дело об административном правонарушении.

Согласно пункту 49 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 24.11.2020 № 1922 (далее – Правила № 1922) при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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 ст.ст. 1, 33, 36 ФЗ «О рекламе».

Также, в дело не представлено документальных доказательств невозможности

продолжения распространения рассматриваемой рекламы, а равно подтвержденной информации о прекращении действия либо расторжении договоров, гражданско-правовых отношений или иных внутренних актов, на основании которых рассматриваемая реклама размещалась.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений ФЗ «О рекламе», а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного Комиссия Архангельского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ИП М предписания о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения ФЗ «О рекламе».

Руководствуясь п. 2 ч. 1 ст. 33, ч. 1 ст. 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 43-49 Правил, Комиссия Архангельского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать рассматриваемую рекламу ненадлежащей, не соответствующей требованиям ч. 1, ч. 2 ст. 18 ФЗ «О рекламе».
2. Признать ИП М рекламораспространителем, нарушившим требования ч. 1, ч. 2 ст. 18 ФЗ «О рекламе».
3. Выдать ИП М предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.
4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Архангельского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении в отношении лица, в действиях которого присутствует состав административного правонарушения, предусмотренный ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

В соответствии с ч. 1, ч. 2 ст. 37 ФЗ «О рекламе» решение, предписание антимонопольного органа может быть оспорено в суде или арбитражном суде в течение трех месяцев со дня вынесения решения.

Подача заявления о признании недействительным решения антимонопольного органа не приостанавливает исполнение решения, предписания, если судом или арбитражным судом не будет вынесено определение о приостановлении исполнения решения, предписания. Постановление антимонопольного органа о применении мер административной ответственности за нарушение законодательства Российской Федерации о рекламе может быть обжаловано, оспорено в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.

